

# **Barnefordeling etter samlivsbrudd**

**Hos mor, hos far eller hos begge?**

Kandidatnummer: 580

Leveringsfrist: 25. april

Til sammen 17967 ord

23.04.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Presentasjon av problemstillinger</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Avgrensning</b>	<b>3</b>
<b>1.3</b>	<b>Metode</b>	<b>4</b>
<b>1.4</b>	<b>Samfunnsdebatten</b>	<b>4</b>
<b>1.5</b>	<b>Sentrale begrep</b>	<b>6</b>
1.5.1	Samlivsbrudd	6
1.5.2	Barnets beste	7
1.5.3	Foreldreansvar	7
1.5.4	Fast bosted	8
1.5.5	Delt bosted	9
1.5.6	Samvær	10
1.5.7	Vanlig samvær	11
1.5.8	Omsorg	11
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSHISTORISK TILBAKEBLIKK</u></b>	<b><u>12</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Eldre tider</b>	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>Morspresumsjonen i forrige århundre</b>	<b>13</b>
<b>2.3</b>	<b>Samværsretten introduseres</b>	<b>14</b>
<b>2.4</b>	<b>Barnelovutvalget av 1975</b>	<b>15</b>
2.4.1	Mandatet	15
2.4.2	Innstillingen (NOU 1977:35)	15
2.4.3	Behandlingen	16
<b>2.5</b>	<b>Barnefordelingsprosessutvalget</b>	<b>18</b>

2.5.1	Innledning	18
2.5.2	Flertallet om delt bosted	20
2.5.3	Mindretallet om delt bosted	21
<b>3</b>	<b><u>GJELDENE RETT</u></b>	<b><u>22</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Barneloven</b>	<b>22</b>
3.1.1	Innledning	22
3.1.2	Om bosted	22
3.1.3	Om domstolens kompetanse	27
3.1.4	Om foreldreansvaret	31
<b>3.2</b>	<b>Rettspraksis ved barnefordelingssaker - momenter som er vektlagt.</b>	<b>33</b>
3.2.1	Innledning	33
3.2.2	Barnets beste	35
3.2.3	Barnets eget ønske	39
3.2.4	Mest samlet foreldrekontakt	42
3.2.5	Øvrige momenter.	44
<b>3.3</b>	<b>Litteratur</b>	<b>45</b>
3.3.1	Juridisk litteratur	45
3.3.2	Fagteoretisk litteratur	46
3.3.3	Forskning på avtalt delt bosted	47
3.3.4	Forskning på pålagt delt bosted	49
<b>4</b>	<b><u>NORDISK OG AMERIKANSK RETT</u></b>	<b><u>50</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Dansk rett</b>	<b>50</b>
4.1.1	Gjeldende dansk lov	50
4.1.2	Det danske lovforslaget	51
<b>4.2</b>	<b>Svensk rett</b>	<b>53</b>
<b>4.3</b>	<b>Finsk rett</b>	<b>55</b>
<b>4.4</b>	<b>Amerikansk rett (USA)</b>	<b>56</b>

<b>4.5</b>	<b>Oppsummering utenlandsk rett</b>	<b>58</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>DEBATTEN</u></b>	<b><u>59</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Noen hovedregel i det hele tatt?</b>	<b>59</b>
<b>5.2</b>	<b>Delt bosted som hovedregel?</b>	<b>60</b>
<b>5.3</b>	<b>Domstolenes kompetanse</b>	<b>63</b>
5.3.1	Innledning	63
5.3.2	Betydning av lovens utgangspunkt.	64
5.3.3	Debatten	64
5.3.4	Alternative løsninger	66
<b>5.4</b>	<b>Ulik beslutningsmyndighet tross felles foreldreansvar</b>	<b>66</b>
<b>5.5</b>	<b>Øvrige sider av debatten</b>	<b>69</b>
5.5.1	Likestilling og/eller barnets beste	69
5.5.2	Semantikk	70
<b><u>6</u></b>	<b><u>KONKLUSJON - LOVENDRINGSFORSLAG</u></b>	<b><u>72</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>72</b>
<b>6.2</b>	<b>Ingen hovedregel, men delt bosted sekundær løsning.</b>	<b>73</b>
6.2.1	Etter endret § 37	73
6.2.2	Etter uendret § 37	74
<b>6.3</b>	<b>Ingen avklipping av domstolens kompetanse i endret § 36 annet ledd</b>	<b>75</b>
<b>6.4</b>	<b>Lik beslutningsmyndighet tross ulik omsorgsbrøk ved forslag til endret § 37.</b>	<b>76</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>77</u></b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>AVGJØRELSE</u></b>	<b><u>80</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Presentasjon av problemstillinger

Det er kun ved uenighet om foreldreansvar, hvor barnet skal bo eller om samvær at det reises sak etter barneloven. Betingelsen er at partene har møtt til mekling såfremt de har felles barn under 16 år, jfr. barneloven (bl) § 51, første ledd.<sup>1</sup> Barnet har ikke partsstatus, men bl § 31 regulerer barnets rett til å være med på avgjørelsen. Barneloven er i første rekke en privatrettslig lov, men grenser opp mot offentlige ansvarsområder, regulert i bl.a. barnevernloven (bvl)<sup>2</sup> og folketrygdloven (ftrl).<sup>3</sup>

Mange av dem som deltar i debatten om bostedsordningen for barn ved samlivsbrudd, mener barneloven bør ha en hovedregel. Noen av dem mener den bør gå ut på ”delt bosted”, mens andre vil beholde nåværende hovedregel, ”ett fast bosted.”

Det er også dem som hevder loven ikke bør inneholde føringer i det hele tatt, og isteden ha avtalefriheten som bærende prinsipp. I dag har loven ett fast bosted som utgangspunkt, og delt bosted som en sekundær løsning.

---

<sup>1</sup> Lov om barn og foreldre 8. april 1981 nr. 7

<sup>2</sup> Lov om barneverntjenester 17. juli 1992 nr. 100

<sup>3</sup> Lov om barnetrygd, 8. mars 2002 nr. 4

Oppgavens to første problemstillinger er 1) om loven bør inneholde noen hovedregel i det hele tatt, og i så fall; 2) om den bør være som i dag, med ”ett fast bosted”, „ eller endres til ”delt bosted.”

Det er ingen selvfølge at domstolen blir gitt kompetanse til å pålegge delt bosted, selv etter at dette måtte være blitt lovens utgangspunkt. Grunnen er at saken ansees å fremstå forskjellig der foreldrene selv avtaler en delt bostedsløsning, fra der spørsmålet må løses i retten.

Hva når foreldrene er enige i en bostedsordning som barnet er uenig i? Etter barneloven skal barnet bli hørt. Hva hvis barnet ikke ønsker delt bosted, mens foreldrene gjør det? Hvor stor vekt skal dommeren legge på barnets eget ønske?

Er det også riktig at retten skal kunne pålegge foreldre en bostedsordning for barnet, som ingen eller bare én av foreldrene er enig i? Spørsmålet fremstår forskjellig der delt bosted allerede praktiseres, og der denne ordningen vil være ny for familien.

Spørsmålet om domstolens kompetanse er oppgavens tredje problemstilling

Loven har som utgangspunkt at beslutningsmyndigheten, ved felles foreldreansvar, er lik når foreldrene er samlevende ved barnets fødsel. Hvis barnet etter samlivsbruddet bor fast hos den ene endres dette. Bostedsmyndigheten, eller ”flytteretten”, er den viktigste av de beføyelser lovgiver, etter bl § 37 tillegger bostedsforelder.

Hvorvidt det er en riktig løsning at loven overfører beslutningsmyndighet til bostedsforelder

er oppgavens fjerde problemstilling.

## 1.2 Avgrensning

Jeg avgrenser oppgaven til norske statsborgere bosatt i Norge, og mot andre omsorgspersoner for barnet enn foreldrene. Oppgaven avgrenses til barnefordeling etter samlivsbrudd. Den avgrenses følgelig mot barnefordeling der foreldrene verken er samlevende eller gifte ved barnets fødsel eller senere. Oppgaven avgrenser også mot samlivsbrudd etter partnerskapsloven.<sup>4</sup>

Under spørsmålet om domstolens kompetanse avgrenses oppgaven til der begge parter kjemper for *mer tid* med barnet enn motparten tillater. Den avgrenser følgelig mot tilfeller der én av foreldrene, gjerne far, ikke stiller opp for barnet. Selv om det skjer i altfor stort omfang, faller det utenfor oppgavens ramme.

Oppgaven avgrenser mot særkullsbarn selv om disse også er vitne til samlivsbrudd når mor eller far flytter fra sin partner. Enkelte av disse barna opplever serier av samlivsbrudd. Det avgrenses også mot omsorgens nedre grense, barnevernloven.

For oppgavens to første problemstillinger står §§ 36 og 37 sentralt. Også andre deler av barnelovens kapittel 5 og 6 vil bli behandlet, særlig innholdet av det felles foreldreansvar, § 30 og hvem som har foreldreansvar når foreldrene ikke bor sammen, §§ 34 og 35.

Øvrige deler av loven, som kapittel 8, om fostringsplikten, og kapittel 2 om farskapet, er kortfattet behandlet.

Spesiallovgivning blir nevnt der den er relevant. For øvrig henvises til litteraturliste og listen over avgjørelser jeg har funnet interessante for oppgavens fire problemstillinger.

---

<sup>4</sup> Lov om registrert partnerskap. 30. april 1993 nr. 40.

### 1.3 Metode

Oppgaven fokuserer på de rettspolitiske sider ved §§ 36 og 37 i barneloven. Jeg har sett på lovtekst og praksis, og vurdert gjeldende rett opp mot hva jeg mener ville være gode løsninger de lege ferenda. Oppgaven dreier seg ikke om domsanalyse og bare i mindre grad om tolkning av lovtekst. Den rettspolitiske debatten er forsøkt fremstilt på en balansert måte, men jeg avslutter likevel med å fremme konkrete lovendringsforslag. Da rettsområdet er kasuistisk vil dommer fra Høyesterett ha liten prejudikatsverdi i den enkelte sak. Juridisk litteratur har derfor rettskildemessig stor betydning for fremstillingen.

Under skrivingen av oppgaven har jeg intervjuet personer som arbeider med barn og barnefordeling. Det er foretatt 3 besøk på familievernkontor<sup>5</sup>, to intervjuer med professorer i psykologi,<sup>6</sup> ett intervju med lederen en landsdekkende hjelpeorganisasjon for barn,<sup>7</sup> diverse samtaler med to tidligere ledere i Foreningen 2 Foreldre.<sup>8</sup> Tidligere har jeg innhentet opplysninger fra leder i Aleneforeldreforeningen.<sup>9</sup> Ved disse intervjuer og samtaler har i alt 17 personer deltatt.

### 1.4 Samfunnsdebatten

Ifølge Statistisk Sentralbyrå (SSB) ble det registrert 11040 skilsmisser i 2005. Dette utgjorde 49,3% av de registrerte 22392 inngåtte ekteskap samme år med registreringskoden ”mannen norsk statsborger.” 3164 skilsmissepar var barnløse. De øvrige 7874 skilsmisser involverte 11192 fellesbarn fra 0-17 år.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> 2 x Østensjø Familievernkontor, 1 x Kirkens Familievernkontor Uranienborg,

<sup>6</sup> Odd Arne Tjersland, Frode Thuen,

<sup>7</sup> Marianne Borgen i Redd Barna,

<sup>8</sup> Rune Rækken, 2004, Sonja Cassidy, 2007,

<sup>9</sup> Stig Rusten, høst 2002,

<sup>10</sup> SSB, Internett, ”Statistikkbanken”,



I tillegg blir også særkullsbarna involvert i samlivsbrudd, men fanges ikke opp av statistikken. Dette er barn én av ektefellene brakte inn i det felles hushold. Særkullsbarn forekommer i ekteskap med og uten fellesbarn, og forekommer følgelig også blant de 3164 skilsmisser registrert uten fellesbarn. SSB's statistikk fanger imidlertid ikke opp antall samboerskap som gikk i oppløsning.

I artikkelen "Å gjete kongens harer" presenteres resultatene fra to prosjekter som SSB gjennomførte i 1999 for å videreutvikle statistikken over samboere med felles barn.<sup>11</sup> Der heter det;

"Til nå har den løpende statistikken bare fått fram hvor mange barn som årlig opplever at foreldrene blir separert eller skilt. Barn i brutte samboerskap har vært mørketall. Den nye statistikken viser at separasjonsstatistikken bare fanget opp to tredjedeler av de barna som faktisk opplevde av foreldrene flyttet fra hverandre i 1999."

Ved telefonhenvendelse til SSB i februar 2007 opplyses at det fremdeles ikke føres statistikk over oppløste samboerskap. Denne mangelen vil trolig utbedres etter lovendringen av

7. april 2006 nr 6<sup>12</sup> om at samboere med fellesbarn må fremvise meklingsattest for å ha rett til ekstra barnetrygd. Bestemmelsens ikrafttredelse var 1.1. 2007.

Med SSB's estimat for barn i oppløste samboerskap, er vi oppe i ca. 17.000 barn som årlig blir vitne til at foreldrene flytter fra hverandre. Legger vi til særkullsbarn fra skilsmisene ligger antallet barn som årlig opplever samlivsbrudd nærmere 20.000.

---

<sup>11</sup> SSB\_rapport 2001/40, Internett

<sup>12</sup> btrl § 9, femte ledd, jfr. bl § 51, tredje ledd

Loven er endret en rekke ganger siden 1981, og i desember 2006 ble et utvalg oppnevnt av Barne- og likestillingsminister Karita Bekkemellem og med professor dr. juris Asbjørn Strandbakken som utvalgets leder. Etter mandatet skal utvalget vurdere endringer som kan støtte opp om en utvikling der begge foreldre anses å være like viktige for barnet, og der begge foreldres tid, ansvar, omsorg og medbestemmelse over vesentlige forhold i barnets liv står sentralt.<sup>13</sup> Det skal komme med sin innstilling i en NOU innen 1. mai 2008. Oppnevningen av utvalget aktualiserer oppgavens problemstillinger.

## 1.5 Sentrale begrep

### 1.5.1 Samlivsbrudd

”Samlivsbrudd” finner sted når samlevende flytter fra hverandre.

Vi kan dele de samlevende inn i tre rettslige kategorier. Gifte, der forholdet reguleres av ekteskapsloven,<sup>14</sup> samboere, der forholdet reguleres av husstandsfelleskapsloven,<sup>15</sup> og homofile av samme kjønn, der forholdet reguleres av partnerskapsloven. Oppgaven fokuserer på samlivsbrudd mellom gifte og samlivsbrudd mellom samboende, med fellesbarn fra 0 til 18 år.

---

<sup>13</sup> BLD, Internett

<sup>14</sup> Lov om ekteskap. 4. juli 1991 nr. 47

<sup>15</sup> Lov om rett til felles bolig og innbo når husstandsfelleskap opphører. 4. juli Nr. 45. 1991.

### 1.5.2 Barnets beste

Etter bl § 48 skal beslutninger som gjelder barnet ”først og fremst rette seg etter det som er best for barnet” – det såkalte ”barnets beste prinsippet”. Denne bestemmelsen kom inn ved lovendring i juni 2003,<sup>16</sup> og fastslår barnets beste som styrende kriterium, både for avgjørelsens materielle innhold og for prosessen. Dette representerte ingen endring av gjeldende rett, som i en Odelstingsproposisjon ble forklart som følger;

” ”barnets beste” er et åpent skjønnsmessig kriterium, som innebærer at ved spørsmål om foreldreansvar, barnets bosted og/eller samvær, skal retten avgjøre dette ut fra en konkret helhetsvurdering av barnets interesser i den enkelte sak.”<sup>17</sup>

### 1.5.3 Foreldreansvar

Innholdet i foreldreansvaret reguleres i bl § 30, som fastsetter at barnet har krav på omsorg og omtanke fra dem som har foreldreansvaret. Om dette uttales det i forarbeidene til endring av loven;

”Foreldreansvaret er myndigheten til å bestemme over barns personlige forhold som bl.a. vergemål, medisinsk behandling, utstedelse av pass, valg av type skole, samtykke til adopsjon, navnevalg, samtykke til ekteskapsinngåelse, innmelding i trossamfunn, samtykke i medisinsk inngrep samt flytting utenlands.”<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Endringslov 20. juni 2003 nr. 40

<sup>17</sup> Ot.prp. Nr. 29 (2002-2003) s. 82

<sup>18</sup> Ot.prp. Nr 100 (1996-1997)

De pliktene som følger med foreldreansvaret gir foreldrene bestemmelsesrett i visse saker, med de begrensninger som følger av bl §§ 31-33, barnets medbestemmelsesrett. Retten til å ta beslutninger på vegne av barnet i økonomiske forhold reguleres av vergemålsloven, jfr. bl § 30(4).<sup>19</sup> Hvem av foreldrene som innehar foreldreansvaret er regulert i bl §§ 34 og 35, mens foreldreansvaret etter dødsfall reguleres i § 38.

Etter bl § 34(1) har foreldre som er gift foreldreansvaret for felles barn. Her er loven preceptorisk. Etter gjeldende rett kan ikke foreldreansvaret, verken ved avtale eller rettsavgjørelse, legges til bare den ene så lenge foreldrene er gift.<sup>20</sup>

For ugifte er regelen at skal felles foreldreansvar være gyldig må foreldrene enten være folkeregistrert på samme adresse, jfr. §35(2) ”som bur saman”, eller ha avgitt erklæring til folkeregistret om at foreldreansvaret skal være felles etter § 35(3). Avtale eller erklæring om foreldreansvaret som ikke er sendt folkeregistret er ikke gyldig, jfr. §39(1)2.pkt. Partene har her avtalefrihet med den begrensning at de ikke kan avtale at mor har foreldreansvaret alene når barnet bor fast hos far, og omvendt.

Bostedsmyndigheten og enkelte andre beføyelser er trukket ut av det felles foreldreansvaret og regulert i bl § 37 når foreldrene ikke bor sammen.

#### 1.5.4 Fast bosted

Lovens utgangspunkt, hvor barnet skal bo fast etter samlivsbrudd, reguleres i § 36, første ledd, første punktum, mens § 36, første ledd, annet punktum, understreker partenes frie rett til å avtale at barnet kan bo fast hos begge.

---

<sup>19</sup> Lov om vergemål for umyndige, 22. april 1927 nr. 3

<sup>20</sup> Norsk Lovkommentar 2, Karnov s. 1399

Den av foreldrene som folkeregistreres med barnet boende hos seg, er barnets såkalte ”bostedsforelder” og har det som tidligere gikk under betegnelsen ”daglig omsorg” for barnet.

Visse beføyelser er etter loven tillagt bostedsforelder. Etter § 37 kan forelderen på egen hånd ta større beslutninger i barnets dagligliv, som hvorvidt barnet skal være i barnehage, hvor i landet det skal bo og andre større avgjørelser om dagliglivet. Denne beslutningsmyndigheten kan ikke den andre med del i foreldreansvaret motsette seg. § 37 representerer derved et unntak fra likestilling mellom foreldrene ved felles foreldreansvar. Det kreves her følgelig ikke enighet mellom foreldrene.

#### 1.5.5 Delt bosted

Partene står fremdeles fritt til å avtale bostedsordningen for barnet, og kan frivillig avtale såkalt ”delt bosted”, jfr § 36(1)2.pkt.;

*” Dersom dei er samde om det, kan dei avtale at barnet skal bu fast hos begge.” <sup>21</sup>*

Innholdet i delt bosted svarer til begrepet ”felles omsorg” eller ”delt omsorg”. Begge disse begrepene forekommer fremdeles i bostedsdebatten.

Her mener jeg det er viktig å oppklare en utbredt misforståelse. Avtalt delt bosted betyr ikke at barnet nødvendigvis må tilbringe eksakt like mye tid hos hver av foreldrene. Delt bosted handler mest om beslutningsmyndighet og mindre om omsorgsbrøkens størrelse. Loven sperrer ikke for omsorgsbrøker som avviker fra 50/50. Det er imidlertid uvanlig at foreldre avtaler delt bosted med omsorgsbrøker skjevere enn 40/60. Det tyder i så fall på at det da er beslutningsmyndigheten, og ikke omsorgstid med barnet, som er det viktigste for en av foreldrene.

---

<sup>21</sup> Tidligere § 35 a, inntatt ved endringslov 13. juni 1997 nr 39.

Barneloven har ingen formkrav i forbindelse med avtalen mellom foreldrene om delt bosted.

I spesiallovgivningen forekommer imidlertid visse krav. Etter folkeregisterlova (frl) <sup>22</sup>, skal flytting meldes til folkeregistret senest innen 8 dager etter flyttingen, jfr. frl § 9 ”for seg og sin husstand.” Ved samlivsbrudd vil normalt enten den ene eller begge foreldrene flytte. Når foreldrene frivillig inngår avtale om at barnet skal bo fast hos begge, må de etter folkeregisterforskriften allikevel registrere barnet på én av adressene. Begge foreldre må underskrive meldingen til folkeregistret, jfr. folkeregisterforskriften § 9, første ledd, jfr. annet ledd. <sup>23</sup>

#### 1.5.6 Samvær

Samvær er lovfestet i § 42 hvor det fremgår at barnet har rett til samvær med begge foreldrene selv om de bor hver for seg. Det er barnets rett til samvær med den forelder det ikke bor fast sammen med som her understrekes. Samvær kom inn i loven første gang i 1969. ”Samvær” benyttes kun når barnet har ”ett fast bosted.” Når det praktiseres delt bosted, går tiden barnet er sammen med en av foreldrene ikke under begrepet samvær.

I tilknytning til ”samvær” har vi begrepet ”samværsforelder”, som er den forelder barnet har samvær med. Begrepet blir motsetningen til ”bostedsforelder”, som er den barnet bor fast hos.

Samværsretten gjelder uavhengig av om barnet er født i eller utenfor ekteskap, jfr. § 42. Barnet kan ikke kreve dom for sin rett, eller få den tvangsfullbyrdet. Samværsretten i § 42 blir først og fremst en prinsipperklæring, men § 42(1) 2.punktum pålegger foreldrene i gjensidighet ansvaret for at samværsretten blir oppfylt.

---

<sup>22</sup> Lov om folkeregistrering, 16. januar 1970 nr. 1

<sup>23</sup> Folkeregisterforskrift nr 161, 1994-03-04

### 1.5.7 Vanlig samvær

Etter bl § 43 har foreldrene full avtalefrihet til å avtale samværsordningen. "Vanlig samvær" som beskrevet i § 43(2) er en legaldefinisjon og ingen norm som bør eller må følges. Ifølge

Ot.prp 56 (1996-1997) om samværets omfang, anses det positivt at foreldre avtaler mer omfattende samværsordninger enn "vanlig samvær".<sup>24</sup> Det understrekes samtidig at samværsordningen må tilpasses barnets alder og behov.

### 1.5.8 Omsorg

Omsorgsbegrepet kan virke noe forvirrende. Verken "daglig omsorg" eller "hovedomsorg" benyttes i barneloven. Likevel anvendes begrepene av meklere, advokater, foreldre og i media. "Omsorg" benyttes her som den funksjon som utøves av den forelder som har barnet boende fast hos seg. "Omsorg" står da i motsetning til "samvær", som er den funksjon som utøves av forelderen barnet ikke bor fast hos når denne er sammen med barnet.

Den nedre grensen for hvilken omsorg som kan godtas følger av barnevernloven. Hvis omsorgen ligger rundt eller under denne nedre grensen er barnevernloven relevant.

---

<sup>24</sup> Ot.prp. Nr. 56 (1996-1997) kapittel 7.3.1.4

## 2 Rettshistorisk tilbakeblikk

### 2.1 Eldre tider

Det blir gjerne fremhevet at utviklingens hovedtendens har vært økt likebehandling av barn i og utenfor ekteskapet, økt likestilling mellom mor og far, og en begrensning i foreldrenes makt over barnet.<sup>25</sup> Denne beskrivelsen er nok riktig når vi begrenser oss til utviklingen i det 20. århundre. Utviklingen har imidlertid gått i bølger.

I tidlig kristen tid var ulikhetene mellom barn i og utenfor ekteskap primært knyttet til ulikheter i deres forhold til faren. I hvilken grad faren offisielt anerkjente farskapet bestemte ofte barnets status. Men også en sterk morsslekt kunne ha mye å si. Håkon den gode, Sverre Sigurdsson og Håkon Håkonsson er alle eksempler på barn født utenfor ekteskap, men som likevel hadde arverett til tronen, takket være deres rettsstilling i forhold til moren.<sup>26</sup>

Kirken ble en stadig mer dominerende maktfaktor i samfunnet. Ekteskapet mellom mann og kvinne var et sakrament innstiftet av Gud, og derfor hellig. Barns sosiale ulikhet knyttet seg følgelig til farens ekteskapelige relasjon til moren. Ekteskapsritualet ble derfor en effektiv måte for kirken på å styre samfunnet i ønsket retning. Hvis moren og faren ikke var gift, kom barnet overhodet ikke i noe rettsforhold til faren, og sto også dårligere stilt i forhold til moren.

---

<sup>25</sup> Lucy Smith 1980, s. 41

<sup>26</sup> Skaar "Forsørgelse og omsorg" 2003, etter Arnholm & Lødrup 1976 s. 216



Etter Christian V's Norske Lov (1687) fikk barn av ugifte foreldre full arverett etter sin mor og kunne dessuten, ved tinglysning, "lysing i kull og kjønn", få halv arverett etter sin far.<sup>27</sup>

## 2.2 Morspresumsjonen i forrige århundre

Den moderne velferdsstaten ble grunnlagt på en ideologi om kjønnsmessig komplementaritet.

Mannen var utearbeidende og skaffet inntektene, mens moren var hjemmearbeidene husmor. Perioden 1900-1950 karakteriseres naturlig som husmorperioden.<sup>28</sup>

I 1909 fikk vi den første lov med konkrete regler om barnefordeling ved samlivsbrudd. Ved uenighet mellom foreldrene om hvem som skulle få barna, gikk regelen ut på at det var vesentlig å ta hensyn til "børnenes tarv" og de burde "derfor", særlig når de var små, som regel følge moren.

Ved barnelovene av 1915, lov om barn i ekteskap og lov om barn utenfor ekteskap,<sup>29</sup> ble morspresumsjonen fastholdt, men det kom inn en betingelse om at moren måtte være skikket til å oppdra dem. "Derfor" ble imidlertid beholdt og var et klart signal fra lovgiver om at morspresumsjonen sto sterkt.

Ved lovendringen i 1956 beholdt man systemet med én lov om barn i ekteskap (BIE) og én lov om barn utenfor ekteskap (BUE). Den ulike rettstilling mellom mor og far i forhold til barnet har fortsatt helt inn i vår tid. Fremdeles har vi rester igjen i gjeldende rett når foreldrene ikke bor sammen og ikke er gift når barnet blir født, jfr. bl 35 første ledd.

---

<sup>27</sup> Skaar . etter Gudmund Sandvik 1979, s. 52

<sup>28</sup> Op.cit. s. 15 etter Karen Melby 1999 s. 227 ff.

<sup>29</sup> "De Castbergske barnelover"

BIE fastsatte at mor skulle prefereres generelt for alle barn uansett alder, men ”særlig” når barna var små. Man kan hevde at morspresumsjonen med denne endringen faktisk sto enda sterkere enn før.

I 1969 ble BIE endret. Nå ble ”særlig” fjernet slik at morspresumsjonen ble svekket overfor større barn. Unntaket fra 1956, i de tilfeller moren ikke var skikket ble nå konsumert av bestemmelsen om at retten fikk kompetanse til å avgjøre at barnet skulle bo hos faren når dette ble vurdert å være barnets beste.

Mellom 1969 og barneloven fra 1981 rådet en viss usikkerhet med hensyn til morspresumsjonens gjennomslagskraft. Skulle presumsjonen slå igjennom bare når saken var absolutt åpen og retten var fullstendig uviss om barnet ville få det best hos mor eller far? Eller kunne den også være relevant der far med en liten sannsynlighetsovervekt fremsto som det beste omsorgsalternativ.

I en høyesterettsdom fra 1979 kom førstvoterende med en prinsipiell uttalelse om presumsjonen. Den gikk ut på at jo yngre barnet er, desto sterkere skulle morspresumsjonen slå inn.<sup>30</sup>

## 2.3 Samværsretten introduseres

Etter samlivsbrudd, der barnet blir boende fast hos den ene av foreldrene, oppstår spørsmålet i hvilken utstrekning den andre skal ha kontakt med barnet. På dette området ledet rettspraksis an. Det hadde lenge utviklet seg en praksis for en viss besøksrett. Etter lovendring i 1937 fikk domstolene kompetanse til å avgjøre barnefordelingssaker.

Spørsmål om å kunne pålegge samvær kom opp for Høyesterett i 1939, i den såkalte ”Mowinckel-dommen”.<sup>31</sup> Her ble avgjørelsen, under dissens 4:3, at domstolen ikke kunne

---

<sup>30</sup> Rt. 1979 s. 833

gi faren noen samværsrett når moren, som hadde foreldremyndigheten, ikke frivillig gikk med på en ordning. Dommen vakte reaksjoner, og i en plenumsdom året etter, ”Erichsen-dommen”,<sup>32</sup> tolket et klart flertall (17:2) loven til at den hjemlet adgang til å kunne bestemme at den som ikke hadde foreldremyndigheten hadde rett til samvær mot den annens vilje. Prejudikatet ble kodifisert ved lovendringen i 1969<sup>33</sup> og loven fastsatte at samværsretten er barnets rettighet, jfr. § 42.

## 2.4 Barnelovutvalget av 1975

### 2.4.1 Mandatet

Begrunnelsen for utvalget var ikke bare å likestille barn uansett foreldrenes formelle relasjoner. Mandatet, gitt av regjeringen Nordli (Ap), var også å søke å likestille foreldrene i forhold til barnet, og å søke å likestille barnets rettigheter i forhold til foreldrene. Mandatet var etter manges oppfatning ganske radikalt. Prinsippet om likestilling var fremtredende.

### 2.4.2 Innstillingen (NOU 1977:35)

Utvalgets innstilling var som ventet preget av likestillingstanken i overensstemmelse med mandatet. Delt bosted var likevel ikke et tema for utvalget siden denne problematikken først dukket opp i kjølvannet av barneloven.

---

<sup>31</sup> Rt. 1939 s. 423

<sup>32</sup> Rt. 1940 s. 155

<sup>33</sup> Lov om barn født i ekteskap, 1956

Utvalget foreslo å endre ”foreldremyndighet” til ”foreldreansvar” og derved plassere barnets rett til omsorg og omtanke foran foreldrenes bestemmelsesrett. Foreldreansvaret skulle være felles for alle samlevende foreldre. Ved samlivsbrudd skulle utgangspunktet være at foreldre med felles foreldreansvar fortsatt skulle ha foreldreansvaret sammen. Utvalget mente at man på den måten ville få bort et sentralt stridsspørsmål ved samlivsbrudd og uttalte at ” ..en som fortsatt får del i foreldreansvaret, kan ha lettere for å akseptere at barnet blir boende hos den andre.” <sup>34</sup>

### 2.4.3 Behandlingen

Innstillingen fra utvalget, den senere behandling av Odelstingsproposisjonen og Justiskomiteens innstilling til Stortinget, gir en god forståelse for bakgrunnen til loven, og senere endringer. Komiteens innstilling ble vedtatt i Odelstinget mot bare én stemme.

Utvalgets forslag om å fjerne pater-est-regelen overlevde ikke prosessen, selv om prinsippet ble noe utvannet. Det skulle nå bli mulig å avsi dom for farskap selv om moren var gift. Man fant den sterke farskaps-presumsjonen som lå i ”pater-est” urimelig i de tilfelle det ble bevist at moren hadde hatt samleie med en annen mann på den tiden hun ble gravid, og det ”ikke var lite trolig” at denne mannen kunne være faren. Forslaget representerte en styrkelse av det biologiske prinsipp, men gjaldt bare frasingelse av farskap. Det var ikke en rett for tredjemann som ønsket å påta seg farskapet.

Etter en omfattende høringsrunde mente departementet at ”foreldreansvaret skulle være felles til avtale eller avgjørelse forelå”. <sup>35</sup> Under behandlingen i Stortinget ble det uttrykt stor tilfredshet over at Justiskomiteen hadde endret barnelovutvalgets forslag om

---

<sup>34</sup> NOU 1977:35 s. 62

<sup>35</sup> Inst.O. nr 30 (1980-81) s. 11

automatisk felles foreldreansvar. Foreldreansvaret skulle imidlertid være felles til avtale eller avgjørelse forelå. Det sier litt om tidsånden når Jan P. Syse (H) mente ”det hadde vært urealistisk å tro at foreldre kunne bli enige om dette når de ikke engang klarte å samarbeide mens samlivet varte.” <sup>36</sup>

Også dommerforeningens høringsuttalelse uttrykte skepsis og uttalte; ”Felles foreldreansvar når foreldrene går fra hverandre, må imidlertid anses som særdeles upraktisk.” <sup>37</sup> . Den norske Advokatforening mente ”tiden var ...iallfall ikke moden for en slik hovedregel nå.” <sup>38</sup>

Disse uttalelsene er i dag lite representative. Lovgiver og folk flest er i dag samstemte i at mor og far normalt bør ha felles ansvar for barna sine både før og etter bruddet. Når felles foreldreansvar var foreslått som utgangspunkt, måtte retten i forlengelse av dette ha mulighet til, i unntakstilfelle, ”å pålegge felles foreldreansvar mot en av foreldrenes vilje, egentlig som en forutsetning for opprettholdelsen av selve hovedprinsippet.” <sup>39</sup> Vi ser her likheter til spørsmålet om domstolens kompetanse hvis delt bosted blir lovens hovedregel.

Ugifte mødre skulle som utgangspunkt ha foreldreansvaret alene, men også her skulle partene kunne avtale felles foreldreansvar. Ut fra barnets-beste-prinsippet skulle retten også for ugifte få kompetanse til å pålegge felles foreldreansvar mot den enes vilje.

Et viktig prinsipielt forslag fra Justiskomiteen var at morspresumsjonen også for små barn skulle utgå. Loven skulle være ukjønnnet.

En morspresumsjon kan strekke seg over en stor skala. Helt fra den sterkeste presumsjon, at barnet skal til mor med mindre hun er uegnet, til den nedre grense, der presumsjonen kun er relevant ved absolutt tvil hos retten. Rettspraksis i Norge før barneloven lå tett opp mot

---

<sup>36</sup> O.tid. 1981 s. 216

<sup>37</sup> Inst. O. nr. 30 (1980-81) s. 11

<sup>38</sup> Op.cit.

<sup>39</sup> Ot.prp. Nr. 62 (1979-80) s. 25

denne nedre grense. Også dette endringsforslaget var ut fra prinsippet om barnets beste. En opprettholdelse av morspresumsjonen ville kun ha selvstendig rettslig betydning i de tilfelle den ikke var til barnets beste. Å fjerne morspresumsjonen skulle sikre en reell prøvelse av barnets beste på fritt grunnlag.

Barneloven er senere blitt endret en rekke ganger. For oppgavens første og andre problemstilling er særlig behandlingen i det senere oppnevnte barnefordelingsprosessutvalget interessant.<sup>40</sup>

## 2.5 Barnefordelingsprosessutvalget

### 2.5.1 Innledning

Utvalget ble oppnevnt ved Kgl. resolusjon i oktober 1997, og i mandatet ble det bl.a. bedt om å utrede spørsmålet om domstolen skulle gis myndighet til å pålegge delt bosted mot en av foreldrenes vilje.

Spørsmålet om domstolens kompetanse hadde gått igjennom en bred høringsrunde i 1993 og resultatet av høringsrunden viste et klart flertall mot å gi domstolen mulighet til å pålegge delt bosted.<sup>41</sup>

Etter uttalelser i høringsrunden hadde departementet pekt på at det var vanskelig ut av gjeldende barnelov å lese hvilke beføyelser som fulgte av det å ha foreldreansvar, det å bo fast sammen med barnet og hvilke som fulgte av det å ha samvær.

Odelstingsproposisjonen, Ot.prp. nr. 56 (1996-1997), som ble godkjent i Regjeringen i april 1997, inneholdt et skjema med tre kolonner. Skjemaet tydeliggjorde rekkevidden av

---

<sup>40</sup> NOU 1998:17

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 57 flg.

foreldrenes beslutningsmyndighet, henholdsvis for bostedsforelder, samværsforelder og for det felles foreldreansvar som sådan.<sup>42</sup>

Barnefordelingsprosessutvalget gjennomgikk gjeldende rett vedrørende delt bosted, og sammenlignet med reglene i de andre nordiske land. Det fastslo at den rettslige reguleringen av foreldreansvar, bosted og samvær var forskjellig i Norge i forhold til i det øvrige Norden;<sup>43</sup>

”Dette får også betydning for spørsmålet om delt bosted i tilfelle hvor foreldrene ikke er enige om dette. I andre nordiske land skilles det normalt ikke mellom foreldreansvar og bostedsmyndighet. Den som har foreldremyndigheten eller ”vårdnaden” har både foreldreansvar og bostedsmyndighet. Ordningen med at man skiller mellom foreldreansvaret og bostedsmyndigheten er særnorsk i nordisk sammenheng.”<sup>44</sup>

Og utvalget fortsetter: ”På mange måter er den regulering som er foretatt i de andre nordiske land enklere å forholde seg til og mer smidig enn den norske ordningen. Det innebærer bl.a. at foreldrene kan avtale at de skal ha delt bostedsmyndighet, men samtidig en vanlig samværsordning for barnet. På den annen side gir ordningen i Norge mulighet for å skille mellom foreldreansvar og bostedsmyndighet, noe som blant annet har gjort at man i større grad i Norge enn i andre land har kunnet oppebære ”felles” foreldreansvar for barna etter samlivsbrudd.”<sup>45</sup>

Utvalget besto av 6 kvinner og 3 menn. Utvalget delte seg i dette spørsmålet i et flertall og et mindretall. Mindretallet besto av to, kanskje noe påfallende, begge menn og begge jurister. Det var sorenskriver Nils Dalseide, som også var leder for utvalget, og professor Peter Lødrup. Den tredje mann i utvalget var psykolog Terje Galtung, som også hadde

---

<sup>42</sup> Op.cit. s. 57

<sup>43</sup> NOU 1998:17 kap. 12.3.9

<sup>44</sup> NOU 1998:17 kap. 12.3.9.

<sup>45</sup> Op.cit.

forfattet en artikkel som var vedlagt utredning, med tittelen ”*Barnet og foreldrenes rettssak/Delt bosted*”. Galtung tilhørte flertallet sammen med de seks kvinnene.

## 2.5.2 Flertallet om delt bosted

Flertallet i utvalget, som var imot at delt bosted kunne pålegges, forfektet det såkalte ”konflikt/samarbeidsargumentet”. Det uttalte at

”Når foreldrene likevel ikke klarer å komme til en løsning, og en eller begge krever dom i saken, er det etter utvalgets syn grunn til å anta at konfliktnivået er så høyt at delt bosted ikke vil kunne fungere til barnets beste”.<sup>46</sup>

Flertallet begrunnet også sitt syn med det overveldende flertall mot utvidelse av kompetansen som kom frem under høringsrunden.<sup>47</sup> Et annet viktig argument var, etter flertallets mening, at en utvidelse av domstolens kompetanse ”ville føre til flere søksmål og tvister mellom foreldrene.” Dette syn begrunnet de med at ”foreldre som er uenige om hvor barnet skal bo etter samlivsbruddet, vil vurdere det slik at muligheten til å vinne frem gjennom en rettssak blir større enn i dag.”<sup>48</sup>

Siden et viktig formål med de saksbehandlingsreglene som utvalget hadde fått mandat til å fremlegge var å få flest mulig foreldre til å komme frem til avtaler, så var det uheldig hvis en utvidelse av domstolens kompetanse skulle ha den motsatte virkning. Flertallet i utvalget gikk altså inn for at gjeldende rett ikke skulle realitetsendres.

---

<sup>46</sup> NOU 1998:17 kap. 12.4.1., 2. avsnitt

<sup>47</sup> NOU 1998: 17, kap. 12.4.1

<sup>48</sup> Op.cit. kap. 12.3.8



### 2.5.3 Mindretallet om delt bosted

Mindretallet tok utgangspunkt i at loven, etter endringen i 1997, uttrykkelig lovfestet at foreldrene kunne avtale delt bosted, jfr. § 36, første ledd, 2. pkt. Når så prinsippet om barnets beste skulle ha forrang, så må loven sikre dette. Dalseide og Lødrup, som utgjorde mindretallet, hevdet at det i særlige tilfeller ikke kunne utelukkes at delt bosted vil være best for barnet. Da måtte ikke loven selv være til hindring for et slikt resultat.<sup>49</sup> Det er imidlertid viktig å merke seg at selv mindretallet ønsket ikke at delt bosted skulle gjøres til noen hovedregel<sup>50</sup>. Mindretallet minnet om den betydelige opposisjon i Stortinget mot disse bestemmelsene i endringsforslaget i 1997, og det mente de negative forskningsrapporter om delt bosted som var innhentet fra USA skyldtes at domstolene der hadde blitt gitt en for vidtgående adgang til å kunne pådømme ordningen mot den enes ønske.

---

<sup>49</sup> Op.cit. kap. 12.4.2

<sup>50</sup> Inst.O. nr. 100 (1996-1997) s. 25-26

### 3 Gjeldende rett

#### 3.1 Barneloven

##### 3.1.1 Innledning

Barnelovens to sentrale paragrafer i debatten om delt bosted er §§ 36 og 37. Fremstillingen vil her følge samme rekkefølge som i presentasjonen i avsnitt 1.1; først drøfte bostedsspørsmålet, deretter spørsmålet om domstolens kompetanse og til slutt spørsmålet om foreldreansvaret.

##### 3.1.2 Om bosted

###### 3.1.2.1 Tid sammen med barnet

§ 36 første ledd, første punktum lyder;

*”Foreldre kan gjere avtale om kven av dei barnet skal bu hos fast.”*

En rimelig tolkning av ”bu hos fast” i § 36 er at uttrykket regulerer tidsrom, og er det sted man bor mer, gjerne betydelig mer, enn halvparten av tiden. Språklig er det ikke rimelig å tolke uttrykket som et sted man bebor mindre enn 50% .

Isolert åpner ikke regelen for at foreldrene kan avtale fritt med hensyn til bostedsløsning. Tvert imot sier den at foreldrene kan velge "hos kven av dei" barnet skal bo fast. En rimelig tolkning av "hos kven av dei", i sammenheng med "skal bo hos fast", er at barnet skal bo mesteparten av tiden, enten hos den ene eller hos den annen forelder. Ikke at barnet kan bo like meget hos begge.

Det er først neste punktum som åpner for et alternativ; at foreldrene kan avtale at barnet *"kan bu fast hos begge"*, jfr. § 36, første ledd, annet punktum.

En rimelig språklig tolkning av regelen er at den fremdeles regulerer tidsrom, ikke annet.

Foreldrenes avtalefrihet er her sikker rett. Avtalefriheten fremstår likevel sekundær. Foreldrene må utføre noe aktivt, inngå avtale, for at ikke hovedregelen slår inn. De *må være enige* om den sekundære løsningen. En forelder kan ikke bestemme en slik bostedsløsning for barnet mot den andres vilje. Når de imidlertid er enige griper ikke myndighetene inn i foreldrenes avtale med mindre de mottar bekymringsmelding om at avtalen ikke er til barnets beste, jfr. bvl § 4-2.

En sementering av hovedregelen finner vi i § 43, første ledd;

*"Den av foreldra barnet ikkje bur saman med, har rett til samvær."*

Bestemmelsen nevner utelukkende bostedsløsningen fast bosted/samvær. Riktignok er "fast" fjernet, men en rimelig kontekstuell tolkning av "den av foreldra barnet ikkje bur saman med" er at barnet bor fast hos den andre forelder. Bestemmelsen normerer en ordning der barnet bor fast hos én av foreldrene.

Regelen inneholder også en legaldefinisjon av "vanlig samværsrett", jfr. § 43, annet ledd;

*"...ein ettermiddag i veka, annakvar helg, 14 dagar i sommerferien, og jul eller påske."*

Forarbeidene begrunner legaldefinisjonen med at man derved lettere kunne tvangsfullbyrde en avgjørelse som ikke konkret fastsatte samværstiden.<sup>51</sup> I en undersøkelse foretatt av Frode Thuen praktiserte 42% av de intervjuete såkalt vanlig samvær. ”Det som er det vanligste, er, ikke overraskende, såkalt vanlig samvær, altså annenhver helg og én ettermiddag i uken”.<sup>52</sup>

At ett fast bosted er lovens utgangspunkt understrekes også ved lovens § 52; ”*Føremålet med og innholdet i meklinga*”. Formålet er bl.a. å komme frem til ”*kvar barnet skal bu fast.*” Selv om barnet kan bo fast hos begge, jfr. § 36, første ledd, gjentas ikke det her. Hovedregelen står alene. Alternativet delt bosted er ikke nevnt i § 52.

Ifølge rundskriv fra Barne- og Familiedepartementet (BFD)<sup>53</sup> finnes det ”ingen øvre grense for hvor mye samvær som kan avtales.”<sup>54</sup> Isolert og rimelig tolket betyr dette at samvær kan pådømmes 100% av tidsrommet. Den kontekstuelle tolkning, ut fra at uttalelsen dreier seg om forhold i barnelovens kapittel 6 med overskriften ”Samværsrett”, og at barnet da skal bo fast hos den andre, setter imidlertid en sperre for ”ingen øvre grense” på 50%.

Når barnet kan være like mye hos hver av foreldrene, hvorfor da så mye strid? Hva er problemet?

---

<sup>51</sup> NOU 1977:35 s. 76

<sup>52</sup> Frode Thuen; ”Livet som deltidsforelder” s. 46

<sup>53</sup> BFD Q-18/97

<sup>54</sup> Op.cit. kapittel 6, ”Samværsrett med mer.”

### 3.1.2.2 § 37 - Beslutningsmyndigheten

Svaret finner vi i § 37. Det er først når § 36 sees i sammenheng med § 37 at å ”bu fast” (= fast bosted) blir en juridisk konstruksjon, og først nå § 36 annet ledd, ”at barnet skal bu fast hos begge” blir noe mer enn en tidsangivelse. Allerede overskriften i § 37 gjør det klart at det dreier seg om kompetansetildeling jfr. *”Avgjerder som kan takast av den som barnet bur fast saman med.”*

Regelen gir visse konkrete beføyelser til den ene forelder på bekostning av den andre, jfr. §37;

*”.... kan den andre ikkje setje seg mot at den barnet bur fast med , tek avgjerder som gjeld vesentlege sider av omsuta for barnet, m.a. spørsmålet om barnet skal vere i barnehage, kor i landet barnet skal bu og andre større avgjerder om dagleglivet.”*

De konkrete beføyelser lovgiver her tillegger bostedsforelder skaper det juridiske institutt ”fast bosted”, og derved motsetningen ”delt bosted”. Det er §§ 36 og 37 samlet som skaper grunnlaget for bostedsdebatten. Tidligere lik beslutningsmyndighet blir nå ulik. Det er gjennom §§ 36 og 37 at begrepene ”bostedsforelder” og ”samværsforelder” oppstår. Det å ha barnets faste bosted medfører ikke bare suveren beslutningsmyndighet på visse konkrete områder, jfr. § 37. Det får også betydning for fordelingen av de offentlige overføringene innen familien.

### 3.1.2.3 Økonomien

En rekke offentlige ytelser tilfaller den som har barnet boende fast hos seg.

Etter barnetrygdloven (btrl) § 1, første ledd, skal barnetrygden bidra til å dekke utgifter til forsørgelse av barn, og etter btrl § 2 har foreldre som har barn under 18 år boende *fast* hos seg rett til barnetrygd. Trygden går altså til bostedsforelder, jfr. ”fast”. I tillegg til vanlig barnetrygd kan det gis utvidet barnetrygd etter btrl § 9 når betingelsene er oppfylt. Utvidet barnetrygd er å motta trygd for ett barn mer enn man har boende, jfr. btrl § 1, annet ledd. Betingelsen for å motta utvidet trygd er at stønadsmottakeren ikke inngår ekteskap, jfr. btrl § 9, femte ledd a. Mottakeren må heller ikke leve i ekteskapslignende forhold i en felles husholdning uten felles barn og ha levd slik i minst 12 av de siste 18 måneder, jfr. § 9, femte ledd b. Heller ikke må mottakeren ha eller få barn med en person som han eller hun lever sammen med i ekteskapslignende forhold i en felles husholdning, jfr. § 9, femte ledd c., for å ha krav på utvidet barnetrygd.

Foruten barnetrygden vil bostedsforelder normalt ha rett til foreldrefradrag, jfr. skattelovens (skl) § 6-48, jfr. § 6-1, <sup>55</sup> få status som bidragsmottaker, jfr. bidragsinnkrevingsloven, <sup>56</sup> jfr. bl § 10, og ha rett til overgangsstønad, jfr. folketrygdloven (ftrl) <sup>57</sup> § 15-5, jfr. § 15-1, og penger til barnepass, jfr. ftrl § 15-11, forutsatt at betingelsene er til stede.

Det er mulig deling av utvidet barnetrygd ved praktisering av delt bosted lenge var en underkommunisert ordning og derfor kan ha begrenset antall familier som valgte en delt bostedsløsning. Meklere og apparatet for øvrig kan feilaktig ha gitt inntrykk av at familiene samlet ville tape økonomisk på å praktisere delt bosted i den tro at de offentlige

---

<sup>55</sup> Lov om skatt av formue og inntekt, 26. mars 1999 nr. 15

<sup>56</sup> Lov om innkreving av underholdsbidrag mv. 29. april 2005 nr. 20,

<sup>57</sup> Lov om folketrygd, 28. februar 1997, nr. 19

overføringene da ville ha blitt mindre. Dette er nå rettet på og etter forslag fra departementet har lovgiver vedtatt at ved skriftlig avtale mellom foreldrene om delt bosted etter bl § 36, kan hver av foreldrene ha rett til 50% av barnetrygden hvis de framsetter krav om det. Det gjelder også for den utvidete trygden.<sup>58</sup>

Under intervju med ansatte ved Østensjø Familievernkontor og Kirkens Familievernkontor Uranienborg, kom det fram at offentlige støtteordninger til bostedsforelder kan være et konfliktskapende element i barnefordelingssaker.

### 3.1.3 Om domstolens kompetanse

#### 3.1.3.1 Tiden før endringen i 1997

Fram til lovendringen i 1997 rådet det rettslig usikkerhet hvorvidt delt bosted kunne pålegges. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom med en prinsipiell uttalelse i 1986, riktignok vedrørende en midlertidig avgjørelse:<sup>59</sup>

”En ordning med delt omsorg, hvor barnet skal flytte frem og tilbake mellom foreldrene, stiller store krav til foreldrene og kan føre til påkjenninger for barnet. Vanskelighetene må antas å kunne bli betydelige dersom foreldrene ikke er enige og innstilt på en lojal gjennomføring av ordningen. På denne bakgrunn antar kjæremålsutvalget at loven ikke bør tolkes slik at foreldrene kan pålegges å dele omsorgen, med mindre det kan påvises holdepunkter for en slik tolkning i lovens ordlyd eller forarbeidene. Slike holdepunkter kan ikke sees å foreligge.”

---

<sup>58</sup> Lov om barnetrygd, 8. mars 2002 nr. 4, § 2, tredje ledd.

<sup>59</sup> Rt. 1986 s. 313

Når kjæremålsutvalget tolket loven som en sperre mot å kunne pålegge delt bosted som ny ordning *midlertidig*, så var det rimelig å tolke kjennelsen som at terskelen lå enda høyere for *permanent* å pålegge delt bosted, når dette ikke tidligere hadde vært praktisert av familien.

Annerledes vurderte Høyesterett forholdet i en sak fra 1991 når delt bosted allerede ble praktisert da saken sto for retten. Her uttalte Høyesterett i en kjennelse;

”Der hvor partene har avtalt og praktisert en ordning med delt omsorg slik at barna er like lenge hos hver av dem, kan retten ikke være avskåret fra å treffe en avgjørelse som innebærer at denne ordningen fortsetter mens en ny sak om omsorgsspørsmålet er til behandling.”<sup>60</sup>

Kjennelsen gir ikke inntrykk av sterk generell motstand mot delt bosted, men kjennelsen var her særlig begrunnet i å unngå unødvendig uro for barnet med hensyn til bostedsordningen.

Fra Bergen byrett har vi eksempel på pålegg om delt bosted når denne ordning allerede ble praktisert.<sup>61</sup> Moren var imot delt omsorg og ville ha hovedomsorgen for barnet.

”Avgjørende for spørsmålet om hvor barnet skal bo fast, er hva som er til barnets beste, jfr. barneloven § 34, 3. ledd (nå § 48 – *min anm.*). Etter rettens oppfatning er bestemmelsen ikke uforenlig med en delt omsorg, heller ikke dersom en av foreldrene er imot dette. Noe annet er at dersom en av foreldrene motsetter seg delt omsorg, er dette et tungtveiende argument mot en slik ordning. ....Retten kan ikke se viktige hensyn for barnet som pr. i dag tilsier at ordningen bør endres.”<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Rt. 1991 s. 1050

<sup>61</sup> Arild Linneberg ”Far og barn i moderlandet”, 1996

<sup>62</sup> Bergen byrett, sak nr. 96-1273-01/A.



### 3.1.3.2 Etter 1997

Lovendringen i 1997 <sup>63</sup>sperrer for å pålegge delt bosted, jfr. § 36, annet ledd;

*”Er foreldra usamde, må retten avgjere at barnet skal bu fast hos ein av dei.”*

Etter normal språklig forståelse, forarbeider og bekreftet gjennom fast rettspraksis, setter bestemmelsen grenser for rettens kompetanse. Bestemmelsen nedlegger et forbud mot å pålegge delt bosted mot den enes vilje.

Bestemmelsen får bare selvstendig rettslig betydning i de tilfelle en delt bostedsløsning etter rettens frie vurdering hadde vært til barnets beste. Først da slår bestemmelsen inn, i og med at avgjørelser først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet, jfr. § 48.

I forarbeidene til endringsloven av 1997, <sup>64</sup> konkluderes det med at en ordning med delt bosted som lovens utgangspunkt ikke vil tjene barnas interesser, og åpner ikke for at dette skal kunne pålegges. <sup>65</sup> Departementets holdning var påvirket av psykolog O.A.Tjersland som siteres i samme avsnitt;

*”Familier som har fått pålagt slike ordninger gjennom rettslige avgjørelser (i USA – min anm.)*

*er langt mindre tilfreds med ordningen enn de som har valgt den selv. Mange betingelser må være til stede for at delte ordninger skal fungere tilfredsstillende for de som er involverte, og er således en ordning som passer for de ganske få.”*

---

<sup>63</sup> Endringslov 13. juni 1997 nr. 39

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) kap. 6.3.4.

<sup>65</sup> Op.cit.

Holdningen blant psykologer, og lovgiver, er at det *á priori* aldri er til barnets beste å praktisere delt bosted i saker som avgjøres i rettsapparatet. Det er således, de lege lata, ingen motstrid mellom § 36, annet ledd og § 48.

Barnefordelingssaker er delvis indispositive. Foreldre står fritt til å fremme krav om bosted, foreldreansvar og samvær, men etter at kravet er reist står de ikke fritt med hensyn til egne prosesshandlinger, saken er da indispositiv. Etter unntaket i tvistemålslovens (tvml) § 85 er domstolen derfor ikke bundet av partenes påstand, jfr. tvml. § 85;

*”Domstolen kan ikke gaa utenfor de paastande som er fremsat, undtagen naar der handles om forhold, som parterne ikke har fri raadighed over.”*

Partene kan imidlertid inngå rettsforlik på ethvert trinn i prosessen, jfr. § 64, annet ledd. Tvistemålslovens regler (tvml.) gjelder i barnefordelingssaker så langt ikke noe annet følger av reglene i barneloven, jfr. bl. § 59, tredje ledd.

Noe spesielt for denne type saker har vi der delt bosted praktiseres når saken står for retten. Når saksøker krever at barnet skal bo fast hos saksøker, er det lite naturlig for saksøkte å nedlegge påstand om frifinnelse. Hvis saksøkte hadde fått medhold ville resultatet ha vært at den nåværende praksis med delt bosted fortsatte. Loven åpner ikke for en slik løsning, jfr. § 36, annet ledd. Det skal imidlertid fattes en realitetsavgjørelse. Barnet må bo hos noen. Den normale påstand i tilsvaret vil være likelydende som saksøkers, men med ”motsatt fortegn”, at barnet skal bo fast hos saksøkte.

Retten har selvstendig ansvar for sakens opplysning, jf tvistemålsloven § 190. Retten må avsi dom for det rettsforhold det kreves dom for. Men retten er ikke bundet av at begge parter nedlegger likelydende påstand i samme rettsforhold. Retten skal av eget tiltak sørge for *”alle de opplysninger, som er nødvendige for at sikre en riktig avgjørelse,”* jfr. tvml §

86, annet ledd, annet pkt. Hvis retten kommer til at ingen av påstandene vil være til barnets beste, skal den ikke avsi dom.

### 3.1.4 Om foreldreansvaret

#### 3.1.4.1 Hvem som har foreldreansvar

Selv om vi i dag har én lov for alle barn opererer barneloven fremdeles med ulike kategorier barn.

Gjeldende rett om foreldreansvaret har skjøvet skillet mellom barna utover, fra tidligere å ligge mellom gifte og ugifte, ligger det nå mellom gifte/samboende og ikke samboende/ikke gifte foreldre ved barnets fødsel, jfr. bl § 35 første ledd,

*”Når foreldra ikkje er gifte eller bur saman, jfr. § 39, har mora foreldreansvaret åleine.”*

Etter den siste endringen, 17. juni 2005 nr. 63, får nå samboende automatisk del i foreldreansvaret hvis ikke noe annet avtales eller besluttes, jfr. § 35 annet ledd;

*”Foreldre som bur saman har foreldreansvaret for sams barn.”*

Etter Inst. O. Nr. 84 (2004-2005) begrenser bestemmelsen seg bare til barn født etter 1. januar 2006, endringslovens ikrafttredelsestidspunkt.

Hovedregelen er at når foreldrene ikke er samlevende ved barnets fødsel, har moren foreldreansvaret alene, med mindre begge er enige om noe annet, jfr. § 35 trede ledd;

*”Foreldra som ikkje er gifte eller har foreldreansvaret saman etter andre ledd, kan likevel etter avtale gje melding til folkeregistret om at dei skal ha foreldreansvaret saman eller at faren skal ha det åleine.”*

Fars juridiske posisjon til barnet går således i 2007 fremdeles via mor i de tilfellene foreldrene verken er gift eller bor sammen ved barnets fødsel og *ikke* har avtalt felles foreldreansvar.

Etter høringsuttalelse og etterfølgende klage fra likestillingsombudet <sup>66</sup> fattet Klagenemda for likestilling vedtak der ombudet fikk medhold i at bl § 35, tredje ledd strider mot likestillingslovens § 3 om forskjellsbehandling. Nemda mente det ikke hadde kompetanse til å avgjøre hvilken av de to bestemmelsene som skulle ha forrang. <sup>67</sup>

I Kristin Skjørtens <sup>68</sup> studier av lagmannsrettssaker om barnefordeling var foreldreansvar ett av spørsmålene i bare 15% av sakene. Temaet foreldreansvar var ikke alltid oppefordi foreldrene var uenige i felles foreldreansvar, men de ønsket bekreftelse av dette i dommen. Noen saker blir i lovdata kategorisert som tvist om foreldreansvaret, mens det egentlige konflikttema er barnets bosted. Når saken *unntaksvis* dreier seg om å få foreldreansvaret alene skyldes søksmålet ofte ”at felles foreldreansvar har en utpreget negativ effekt for hovedomsorgspersonen til barnet, og/eller sterke reaksjoner hos barnet”. <sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Notat fra likestillingsombudet 16.06.2005, Internett

<sup>67</sup> Klagenemda for likestilling, vedtak 18.08.2005, sak nr 13

<sup>68</sup> Kristin Skjørtén 2005 ”Samlivsbrudd og Barnefordeling” s. 33

<sup>69</sup> Kjølberg/Johansen s. 51

### 3.1.4.2 Innholdet

Bl. § 30 regulerer innholdet i foreldreansvaret når begge foreldre bor sammen med barnet.

Hvis de ikke bor sammen, og barnet bor ett sted fast, får bostedsforelderens visse konkrete beføyelser etter § 37 (se foran i avsnitt 3.1.2.2). Hvis de avtaler ”det bosted”, forblir innholdet i foreldreansvaret uendret og likt for begge foreldrene.

## 3.2 Rettspraksis ved barnefordelingssaker - momenter som er vektlagt.

### 3.2.1 Innledning

Med dagens kjønnsrollemønster og likestillingssyn er det ikke lenger noen opplagt sak at barnet følger moren. Det bekreftes av Skjørtens arbeid med lagmannsrettssaker.<sup>70</sup> Sakene er lite forutsigbare da skjønnskriteriet ”barnets beste”, som skal ligge til grunn for rettens avgjørelse, er meget vidt. Når samtidig barn spiller så sentral rolle i vår kultur, er grunnlaget til stede for konflikt ved samlivsbrudd, og særlig når bare én av foreldrene kan få status som bostedsforelder når saken avgjøres i retten.

De momenter retten har vektlagt i sin helhetsvurdering av hva som er barnets beste, er ikke alle like relevante med hensyn til oppgavens tema om hvorvidt delt bosted bør være lovens hovedregel. Mest samlet foreldrekontakt, barnets eget ønske, og barns følelsesmessige tilknytning, er momenter som ligger nær temaet om delt bosted. Øvrige momenter som faren for miljøskifte (status quo), personlige egenskaper ved omsorgspersonene, ikke å dele søsken, stabilitet i hjemmet, hvem som har hatt hovedomsorgen for barnet i samlivet, og

---

<sup>70</sup> Skjørtén 2005

barnets kjønnsidentifikasjon er mer perifere i forhold til temaet. Forarbeidene til loven foreslo mange av de samme momentene.<sup>71</sup>

Valg av bosted begrunnes i domsteksten ”.. enten med henvisning til at ett av momentene har vært avgjørende eller tungtveiende for rettens beslutning, eller med at retten har fattet beslutningen på grunnlag av flere momenter i saken. Der avgjørelsen fattes på grunnlag av sammensatt argumentasjon, får vi som regel ikke vite hvordan retten har vektet de ulike momentene mot hverandre”.<sup>72</sup>

Noe man bør være oppmerksom på ved lesing av domstekster om barnefordeling er at teksten ikke alltid sier den fulle og hele sannhet. Formelle grunner er ikke alltid lik de reelle. Foreldre og barn, skal leve med dommen i år fremover. Det å hevde at én av foreldrene ikke har tilstrekkelig omsorgsevne, kan skade mer enn det gagnar. Retten kan finne det formålstjenlig å begrunne avgjørelsen med mindre støtende argumenter, som for eksempel miljøskifte, best samlet foreldrekontakt osv. Retten benytter gjerne uttrykk som ”løsningen er åpen” eller ”løsningen er usikker”, kanskje med samme begrunnelse; hensynet til den tapende part.

Sandberg nevner at sakkyndige gjerne går mye lenger i vurderinger av personlige egenskaper enn domstekstene.<sup>73</sup> Sandberg er kritisk til at personlige negative egenskaper kamufleres i domspremissene og gis en annen ”forkledning”. Jeg viser til her til lovforslaget i Folketinget jan. 2007 på dette punkt, se avsnitt 3.5.1.2. som setter krav til tydeliggjøring av domsgrunnene.

Momenter fra forarbeider og rettspraksis kan parallelt med endrete holdninger i samfunnet også endre sin relative vekt og relevans. Holdningene til det å bryte samlivet, eller det stigma det tidligere klebet ved det å være alene med omsorgen for barnet, har forandret seg. Mannsrollen har også vært i endring, samtidig med at stadig flere kvinner er blitt

---

<sup>71</sup> NOU 1977:35 s. 64

<sup>72</sup> Skjørten s. 47

<sup>73</sup> Kirsten Sandberg, 1990 ”Barnets beste”, s. 81

økonomisk selvstendige. Den nylig innførte kvinnekvotering på 40% i styrene i børsnoterte selskaper, har resultert i at enkelte grupper krever større fedrekvote ved fødsel og omsorgskvoter for fedre etter samlivsbrudd. Dette siste kravet har etter min mening lite for seg, da barnets beste etter § 48 har forrang fremfor likestillingslovens § 3, jfr. prinsippet om *lex specialis*.

Til tross for endring av samfunnet i mange henseender gjennom de senere år, er inntrykket man sitter igjen med etter lesing av domstekster, at momentenes vekt og relevans likevel har holdt seg ganske stabile.

### 3.2.2 Barnets beste

Ved endringsloven av 2003 ble prinsippet om barnets beste gitt en generell form og tatt inn i innledningsbestemmelsen i det nye kapittel om saksbehandlingsreglene, jfr. bl § 48;

*”Avgjerder om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet”.*

Regelen slår fast at avgjørelsens materielle innhold, så vel som prosessen frem til avgjørelsen, skal foretas med barnets beste som førende prinsipp. Det gjelder også for midlertidige

avgjørelser. Dette følger også av FN's barnekonvensjon om barns rettigheter, Art. 3,<sup>74</sup> som er inkorporert i norsk lov ved menneskerettslovens (mrl) § 2,<sup>75</sup> og som ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen norsk lovgivning, jfr. mrl § 3.

---

<sup>74</sup> FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

<sup>75</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, 21. mai, 1999 nr. 30

“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, *the best interest of the child shall be a primary consideration.*”.

Det engelske “*a primary consideration*” åpner for en noe videre vurdering enn hvis teksten hadde vært “*the primary consideration*”. Det norske “først og fremst” ligger tett opp mot den engelske teksten, men er noe sterkere, og åpner for at også andre momenter kan bringes inn.

”Barnets beste” er et åpent og skjønnsmessig kriterium. Enkelte mener det er et for åpent kriterium, slik at det er vanskelig å unngå at dommerens personlige holdning kommer inn på dette punkt.<sup>76</sup>

Også andre er av samme oppfatning, ”Barnets beste er en usikker størrelse. Når hver enkelt sak skal vurderes konkret, er det fordi man ikke har objektive kriterier som alle sakene kan vurderes ut fra.”<sup>77</sup> Når vi har en regel om barnets beste ”har vi en regel som er enkel i sitt innhold, men vanskelig å praktisere”.<sup>78</sup> Avgjørelsen skal foreligge etter en konkret helhetsvurdering.

Forarbeidene<sup>79</sup> inneholdt en momentliste over vurderingstema om hva som var av betydning når man skulle velge hvem av foreldrene som skulle ha foreldreansvaret alene. Nå er bostedsmyndigheten trukket ut av foreldreansvaret slik at momentlisten er relevant ved valget av barnets faste bosted. Listen gjenspeiler momentene ved rettspraksis i de forutgående år. Rettspraksis har, i mangel av konkrete holdepunkter i selve lovteksten, spilt en vesentlig rolle for gjeldende rett ved vurderingen av ”barnets beste”.

---

<sup>76</sup> Sandberg s. 106

<sup>77</sup> Kjøllberg/Johansen s. 62

<sup>78</sup> Lødrup/Smith 1998 ”Barn og Foreldre” 5. utg. s. 114

<sup>79</sup> NOU 1977:35 s. 63-64



Barne- og likestillingsdepartementet er selv inne på kompleksiteten av dette skjønnskriterium;

”Barnets beste er et rettslig begrep, men sammenlignet med sivile saker på andre områder hvor juridiske, tekniske eller økonomiske elementer ofte står sentralt, forutsetter avgjørelsene på dette område i større grad psykologisk innsikt og ikke minst fagkunnskap om barn. Evne til empati samt konstruktiv konfliktløsning kommer sterkere inn i disse sakene enn i sivile saker generelt”.<sup>80</sup>

Kirsten Sandberg mente det åpne skjønnskriteriet ga for liten forutberegnelighet.

”Behovsorienterte argumenter fokuserer på konsekvensene av en avgjørelse (eller regel), de er etter sin natur fremtidsrettet og tar lite hensyn til det som har gått forut. De rettighetsorienterte er derimot rettet mot det som har gått forut. De dreier seg om å ha opparbeidet en rettighet, for eksempel på grunnlag av fortjeneste eller status.”<sup>81</sup>

Hun var inne på en regel hvor det skulle legges vekt på hvem som har hatt hovedomsorgen for barnet før samlivsbruddet.

I USA har man i noen stater fulgt denne linjen, etter det såkalte ”*the primary caretaker presumption*.”. Presumsjonen ville utvilsomt ha ledet til mer forutberegnelighet. Det er vel heller ingen tvil om at en slik regel, etter omsorgsbrøken i norske hjem fra tidsstudiene til SSB, ville ha favorisert mor i barnefordelingssaker.<sup>82</sup> Den ville imidlertid både kunne ledet til indirekte forskjellsbehandling, og derfor vært i konflikt med likestillingslovens § 3 3. ledd, og stått i motstrid til prinsippet om barnets beste i bl § 48.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> BLD Odin/Internett

<sup>81</sup> Sandberg s. 12

<sup>82</sup> SSB Internett, Tidsstudie 1971-2000, statistikkbanken

<sup>83</sup> Lov om likestilling mellom kjønnene, 9. juni 1978 nr. 45

Høyesterett kom i 1985 med en prinsipputtalelse mht. forholdet mellom behovsorientering og rettighetsorientering; ”Om leveår har følt seg mest knyttet til moren, er dette uten betydning for avgjørelsen som skal rette seg mot hva som er best for barna de kommende år.”<sup>84</sup> Uttalelsen er klart behovsorientert. Omsorgshistorien ble her ikke vektlagt.

Barneprosessfordelingsutvalget bemerket om barnets beste:

”Til forskjell fra andre saker hvor domstolene ofte vurderer saken i et retrospektivt lys, gjelder avgjørelsen i barnefordelingssaker den fremtidige ordningen for barnet. Alt etter barnets alder på avgjørelsestidspunktet vil avgjørelsen måtte inneholde en prognose for mange år fremover. I en slik vurdering vil det ligge skjønnsmessige elementer som kan grense til det helt usikre – ikke bare for dommeren, men også for sakkyndige”.<sup>85</sup>

I lys av uttalelsen virker det overraskende at utvalget så tilsynelatende uten motforestillinger godtok psykologenes ”konflikt/samarbeidsargument”. Dette viste seg å få stor betydning for lovens utforming.

Sandberg uttaler at det er vanskelig å lese ut av domstekstene hun analyserte på 80-tallet, om morspresumsjonen de facto er fjernet;

”Når det i avgjørelsene ikke er sagt noe om dette, er det likevel ikke utelukket at dommeren fortsatt har i bakhodet en viss formodning om at små barn har det best hos mor. Men det kan godt hende at dommeren etter lovendringen bevisst prøver å unngå å operere med en slik presumsjon, eventuelt går for langt i fars retning.”<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Rt. 1985 s. 707

<sup>85</sup> NOU 1998: 17 s. 16

<sup>86</sup> Sandberg s. 53

### 3.2.3 Barnets eget ønske

Den klareste retningslinjen for ”barnets beste” er barnets eget ønske. Denne fremgår av § 31, annet ledd;

*”Når barnet er fylt 7 år skal det få seie sin mening før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.”*

Dette er eneste moment som konkret er nevnt i selv loven.

Alderen ble senket fra 12 til 7 år, for at loven skulle harmonere med FN’s barnekonvensjon på dette punkt. Regelen modifiseres av § 31, første ledd, 2. pkt.

*” Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er”.*

I dette ligger det at barnets mening ikke nødvendigvis skal være utslagsgivende. Meningen skal være ett av flere moment. Den konkrete vekt man skal legge på barnets eget ønske vil avhenge av hvor gammelt og hvor modent barnet er, en form for glideskala. Fremtidig rettspraksis vil avdekke hvilken betydning retten vil legge på barnets ønske.

Flere høringsinstanser var kritiske til nedsettelsen av barnets alder til 7 år. En av dem var F2F, som i pressemelding advarte mot å pålegge 7-åringer å velge mellom mor og far.<sup>87</sup>

”Løsningen er heller en barnelov som sikrer at både mor og far er til stede i barnas liv” uttalte de.

Det kan reises en rekke kritiske spørsmål til hvorvidt barn ned til 7 år bør uttale seg. Hvor reelt er ønsket? Hvor modent er barnet? Hva er motivet bak uttalelsen? Vil barnet senere få dårlig samvittighet etter å ha ”valgt bort” en forelder? (En problematikk vi

---

<sup>87</sup> F2Fs pressemelding 22.09. 2002

gjenkjenner fra filmen "Sophies choice", selv om det der var den voksne som led kvaler etter å ha "valgt" bort ett av barna.) Fremkommer ønsket i voksen språkdrakt så det kan være innprentet i barnet av én av foreldrene? Og enda sterkere, har barnet blitt utsatt for foreldrefremmedgjøring? <sup>88</sup>

Begrepet "foreldrefremmedgjøring", eller det engelske, "parental alienation syndrome" (PAS), er et begrep som oppsto i USA på åtti-tallet. <sup>89</sup> Syndromet går i korthet ut på at én av foreldrene, normalt bostedsforelderen, programmerer eller hjernevasker barnet. Hvis det foreligger PAS, så har bostedsforelderen, i større eller mindre grad, lykkes i å få barnet til å avvise den forelder det ikke bor sammen med, uten at det foreligger reelle grunner til avvisningen. Det er viktig å understreke at der barnet har legitime grunner til å avvise en forelder, for eksempel på grunn av incest eller vold, så taler vi ikke om PAS.

Førstvoterendes uttalelser i en høyesterettsdom i 2005 var inne på fenomenet. En pike på 10 år ønsket sterkt å bo fast hos mor, som hun hadde gjort de siste 6 år. Hun motsatte seg samvær med far. Førstvoterende refererte til lagmannsrettens uttalelse;

"Mors motvilje mot samvær og hennes påvirkning av C ved negativ omtale av far ble oppfattet som årsak til at samvær opphørte. I den forbindelse vises til lydbåndopptak av en telefonsamtale der far forteller at han skal flytte til Z og selge sin kolonihage, og der mor sier at han da ikke vil få se C mer." <sup>90</sup>

Retten kom til at piken skulle bo fast hos far.

Etter bl § 31 annet ledd skal barnet "få seie si mening". Barnet har etter loven en rett men ingen plikt til å uttale seg. Barn utvikler gjerne tidlig en sterk rettferdighetsfølelse og er gjennomgående meget lojale overfor begge foreldrene. Ofte ønsker ikke barn å preferere

---

<sup>88</sup> Bone & Walsh 1999, "Parental Alienation Syndrome"

<sup>89</sup> Clavar/Rivlin, 1990, "Children Held Hostage"

<sup>90</sup> Rt. 2005 s. 682

den ene på bekostning av den andre. Det å bringe inn barns ønske er derfor ikke alltid like lett. Likevel representerer det en saksbehandlingsfeil å ikke spørre om barnets mening og om det vil uttale seg. Det kan føre til opphevelse av den rettslige avgjørelsen, som i en sak fra 1999, hvor en foreløpig avgjørelse etter bl. § 38 ble opphevet.<sup>91</sup>

I etterarbeider heter det at ”samtaler med barn der de gis anledning til å gi uttrykk for sin mening forutsetter først og fremst at barnet får alderstilpasset informasjon om hva saken gjelder, hva den informasjonen skal brukes til, hvem som får adgang til den, hvordan den skal formidles, og at barnet står fritt til ikke å si noe”.<sup>92</sup>

”Vi kan også anta at den aktuelle sakkyndiges eller dommers holdning til betydningen av at barn blir hørt, vil influere på vektleggingen og vurderingen av det barnet sier, både generelt og spesielt. Både dommere og sakkyndige er mennesker med forskjellige holdninger og preferanser.”<sup>93</sup>

Kristin Skjørten analyserte totalt 129 lagmannsrettsdommer fra landets seks lagmannsretter.<sup>94</sup>

I de 129 sakene ble 198 barn fordelt. 19 barn var over 12 år og 17 av dem ble spurt om sitt ønske.

I seks av disse sakene opplevde barn at dommen gikk på tvers av deres uttalte ønske. I den ene var moren psykisk ustabil, i to saker var det utslagsgivende at en forelder hadde drevet hjernevasking av barnet og satt det opp mot den annen forelder, altså foreldrefremmedgjøring. I de tre siste sakene med barna over 12 år, ønsket barna delt bosted, hvilket domstolen ikke åpnet for og derfor plasserte barna fast hos én av foreldrene.

---

<sup>91</sup> Rt. 1999 s. 1183

<sup>92</sup> BLD Q-15/2004

<sup>93</sup> Kjølberg/Johansen s. 64

<sup>94</sup> Skjørten 2005

I gruppen barn mellom 7 og 11 år, kom 21 av i alt 27 barns mening om fast bosted til uttrykk i domstekstene. For tretten av disse 21 ble dommen i samsvar med ønsket. Også i denne gruppen ønsket to barn delt bosted, som domstolen altså var forhindret fra å kunne imøtekomme. Når barns ønske om bosted ikke ble imøtekommet i denne undersøkelsen skyldtes det oftest momentet ”mest samlet foreldrekontakt”, dernest barnets ønske om delt bosted, og til sist mors eller fars negative egenskaper (psyke). Det fremgår av undersøkelsen at barnets ønske er et viktig, men ikke et avgjørende argument.

Følgelig var det slik at i totalt fem av sakene ønsket barn forgjeves delt bosted.

#### 3.2.4 Mest samlet foreldrekontakt

Samværsretten ble lovfestet i 1969, og ytterligere styrket i 1989. ”Mest samlet foreldrekontakt” er blitt et stadig mer relevant moment i barnefordelingssaker. Det hersker bred enighet blant fagfolk om at det normalt er barnets beste å ha god kontakt med begge foreldrene.

I nær tilknytning til dette har vi forhold om samværssabotasje, som reguleres i barnelovens § 43, femte ledd. Regelen er en prosessuell bestemmelse som åpner for en ny avgjørelse. § 64, annet ledd viser til ”*særlege grunnar*” som betingelse for å kunne reise nytt søksmål om samme rettsforhold etter tidligere rettskraftig avgjørelse.

I en sak fra 2005 uttalte førstvoterende;

”Når avgjørelsen om daglig omsorg og om samværsrett i henhold til barnelovens § 48 først og fremst skal rette seg etter det som er best for

barnet, kan kravet om ”særlege grunнар” for endring ikke forstås som noe strengt krav.”<sup>95</sup>

Det kan her oppstå vanskelige avveininger for retten. Ved å hindre samvær kan barnet være så godt som ukjent med den forelder det ikke bor sammen med. Skal retten da vektlegge ”mest samlet kontakt” fremfor ”status quo”/ faren ved miljøskifte? Prinsippet om barnets beste blir her satt på spissen.

Ifølge både Fleischer og Haugli bør man være forsiktig med å straffe samværs sabotøren med påberopelse av allmennpreventive grunner.<sup>96</sup> Begge de to stilte seg kritiske til flertallet i en sak fra 1991,<sup>97</sup> (dissens 4:1). Fleischer mente førstvoterende Lødrup hadde misforstått da han refererte til lovgivers tilføyelse av 1989, § 44, 6. ledd (nå § 43, femte ledd, se første avsnitt);

”Bakgrunnen for denne tilføyelsen – som i seg selv er overflødig på grunn av bestemmelsen i § 39 annet ledd - (nå § 64 jfr. ”særlege grunнар”, min anm.) var at Stortinget på en klar og utvetydig måte ønsket å gi uttrykk for alvoret i en sabotering av samværsretten. Ved direkte å gi uttrykk for dette i lovteksten, har Stortinget på en utvetydig måte tilkjennegitt at kontakt med begge foreldre er et sentralt og selvstendig moment ved vurderingen i en tvist om overføring av foreldreansvaret og den daglige omsorgen”.

Fleischer hevder at loven ikke gir dekning for uttalelsen.<sup>98</sup> Ifølge Fleischer gjelder bestemmelsen kun det prosessuelle, nemlig at brudd på samværsretten *skal kunne gi grunnlag for ny prøving*. Den regulerer derimot *ikke den materielle* avgjørelse av spørsmålet og kriteriene for denne. Det viktigste reelle hensyn er og blir barnets beste.

---

<sup>95</sup> Rt. 2005 s. 682

<sup>96</sup> Haugli 1993

<sup>97</sup> Rt. 1991 s. 1148

<sup>98</sup> Fleischer, Lov & Rett 1993, s. 249

Selve avgjørelsen mente Fleischer i sitt materielle innhold også var i strid med dette.

### 3.2.5 Øvrige momenter.

Etter § 48 skal avgjørelsen ”først og fremst” rette seg etter barnets beste. Dette åpner for at også andre momenter kan trekkes inn. Retten kan da velge å la ett moment være avgjørende, eller den kan fatte beslutning på grunnlag av flere momenter i saken, etter en helhetsvurdering.

Nest etter ”barnets eget ønske” og ”mest samlet foreldrekontakt” viser Skjørtens analyse<sup>99</sup> av rettspraksis at de hyppigst benyttede momentene som benyttes i domstekstene for å begrunne barnets beste er ”status quo” (faren ved miljøskifte), ”stabilitet og forutsigbarhet”, ”foreldrenes personlige egenskaper”, hensynet til ”ikke å dele søsken”, ”omsorgshistorie” (som normalt vil ligge nær barnets følelsesmessige tilknytning), og ”barnets behov for kjønnsidentifikasjon”.

Ikke alle disse momentene er like relevante i debatten om delt bosted.

Momentet ”foreldrenes personlige egenskaper”, er for eksempel lite relevant. Når dette først er et moment i saken, hefter det gjerne noe ved én av foreldrene. Da vil en delt bostedsløsning normalt fremstå som mindre aktuell.

Forarbeidene<sup>100</sup> og også rettspraksis er inne på den tapssituasjon som kan oppstå ved prinsippet om ikke å dele søsken. Da vil den ene forelder bli bostedsforelder for begge eller alle barna, og den andre blir alene. Ved en dom i 1985 uttaler førstvoterende;

---

<sup>99</sup> Skjørten 2005

<sup>100</sup> Inst. O. (1980-1981) s. 14



”Dersom ingen av løsningene peker seg ut som den beste for barnet, bør retten legge vekt på hvem av foreldrene som har mest behov for å ha barnet hos seg og hvem som vil lide det største tap ved ikke å få det. Etter omstendighetene finner jeg derfor å burde se hen til at det må forutsettes å bli et større tap for moren enn for faren å ikke få omsorgen.”<sup>101</sup>

Det hevdes fra flere fagfolk at en nødvendig betingelse for at delt bosted skal fungere er at foreldrene ikke bor for langt fra hverandre. For skolebarn betyr det gjerne at de bor i samme skolekrets. Ved vurdering av bostedsordningen, vil derfor momentet om miljøskifte, som gjerne er relevant når retten skal avgjøre hvor barnet skal bo fast, spille mindre rolle der delt bosted kunne vært aktuelt.

Ved lesning av domstekster forekommer det ofte at retten er usikker på hvilken løsning som vil være best for barnet. På andre rettsområder velges da ofte mellomløsninger. Begge parter ”får noe”. Barneloven åpner ikke i dag for mellomløsninger når det gjelder det faste bostedet, men har vid kompetanse til å kompensere gjennom samværsordningen.

### 3.3 Litteratur

#### 3.3.1 Juridisk litteratur

Saker etter barneloven skal avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Derfor gir ikke domstekstene alltid så sterke retningslinjer for senere saker. Da loven etter 1997 sperrer for å pålegge delt bosted har vi følgelig lite høyesterettspraksis på området. Juridisk litteratur med prinsipielle synspunkter om hva som er barnets beste, får derved tyngre vekt enn juridisk litteratur på andre livsområder.

---

<sup>101</sup> Rt. 1985 s. 179

Viktig litteratur for spørsmålet om delt bosted har bl.a. vært "Foreldremyndighet og barnerett" (Smith 1980), "Barn og foreldre" (Smith/Lødrup 1981), "Barneloven kommentarutgave" (Backer 1982), "Barnets beste" (Sandberg 1990), "Delt omsorg for felles barn ved samlivsbrudd" (Haugli 1994), og "Barnefordelingssaker i retten" (Dalseide 2002)).

### 3.3.2 Fagteoretisk litteratur

Da barnets beste som nevnt ligger i skjæringspunktet mellom flere disipliner har også ikke-jurister vært premissleverandører ved utforming av gjeldende rett. I høringsuttalelser til barnelovutvalget, og som representant i barnefordelingsprosessutvalget, har særlig psykologer spilt en viktig rolle. Av litteratur fra denne faggruppen nevner jeg bl.a. "Familien etter skilsmissen" (Haaland 1988), "Samlivsbrudd og foreldreskap" (Tjersland 1992), "Barnet og foreldrenes rettsak/Delt bosted", (Galtung 1998), ), "Lovpålagt delt omsorg – et politisk tilbakeskritt (Koch 1996) og "Når mor og far møtes i retten – barnefordeling og samvær" (Koch 2000).

Det er stor enighet blant psykologer om at delt bosted krever en stor grad av samarbeid mellom foreldrene, og jeg velger følgende uttalelse som representativ for miljøet;

" Delt omsorg krever et omfattende samarbeid og hyppig kommunikasjon mellom foreldrene, derfor må begge være innstilt på dette. Sammenligninger av familier som har bestemt seg for dette (delt bosted, *min anm.*) og familier som har fått dette pålagt gjennom en rettslig beslutning, viser at den siste gruppen er langt mindre tilfreds med ordningen." <sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Op.cit. s. 49 etter Irving, Benjamin og Trocme 1984, Steinman, Zimmerman og Knoblauch 1985

### 3.3.3 Forskning på avtalt delt bosted

Ett av de svært få prosjektene på delt bosted i vårt land er det såkalte ”Østensjøprosjektet” fra slutten av 80-tallet.<sup>103</sup> 30 deltakende familier svarte på en annonse i dagspressen der det ble søkt etter intervjupersoner som hadde egne erfaringer med delt bosted. Av de 30 var det bare to familier

som ville advare mot delt bostedsløsning. De øvrige 28 hadde gjennomgående positive erfaringer med ordningen.

Det kan stilles kritiske spørsmål vedrørende representativiteten i utvalget. De som svarte var positive i utgangspunktet, ”Når det bare er to av i alt 30 familier som har henvendt seg for å advare mot delt samværsordning, innebærer dette at erfaringene er preget av dem som ønsker å gå i bresjen for en slik ordning og mener at den bør bli mer vanlig.”<sup>104</sup>

”Foreldrene var utdanningsmessig og økonomisk i en relativ trygg situasjon, noe vi senere skal se medfører at omsorgsordninger for barn knyttes til økonomiske forhold.”<sup>105</sup>

Et annet prosjektarbeid om samme tema er ”Foreldremekling - Brukarspektivet”.<sup>106</sup>

Undersøkelsen omfatter svar fra totalt 456 meklinger. 335 av dem var fra ekteskapslovsmeklinger, 100 fra obligatorisk barnelovsmekling og 21 fra frivillig barnelovsmekling (samboere). Fordi man visste at barnelovsmeklinger og ekteskapslovsmeklinger ofte er svært ulike, var det helt sentralt å kunne sette disse meklingsstypene opp mot hverandre. Arbeidet så på sammenhenger mellom konfliktnivået på avtaletidspunktet og ett år senere, for mange ulike typer utvalg; alle foreldre samlet; bare mekling etter ekteskapslov; bare foreldre med høyt konfliktnivå; bare foreldre med lavt konfliktnivå. Resultatet mht. endring i konfliktnivå ett år etter mekling, for type avtale om daglig omsorg, viser at de som valgte delt daglig omsorg (N= 22) hadde et relativt høyt konfliktnivå før mekling, men var blant dem med lavest konfliktnivå etter mekling.

---

<sup>103</sup> Kirsti Ramfjord Haaland, 1988 ”Familien etter skilsmissen”

<sup>104</sup> Op.cit. s. 31

<sup>105</sup> Op.cit.

<sup>106</sup> Tor-Johan Ekeland/Vidar Myklebust, 1997 ”Foreldremekling – Brukarperspektivet”

Det er imidlertid to forhold som svekker prosjektets argumentasjonsverdi for vår oppgave; resultatene refererer seg bare til mekling etter *ekteskapsloven*, og de er kun hentet fra *frivillige avtaler*. Det første er et viktig poeng, da prosjektet ofte blir tatt til inntekt for at en endring av barneloven til delt bosted som hovedregel vil vise seg mest konfliktdempende.

Forfatterne hevder imidlertid at tendensene er svært like i ulike deler av materialet slik at resultatene avspeiler reelle sammenhenger og har overføringsverdi også til mekling etter barneloven.<sup>107</sup> Grunnen til at ikke barnelovsmekling er med i undersøkelsen om konfliktnivået ett år etter mekling er at ikke mange nok av disse foreldrene var blitt fulgt opp til at resultatet herfra kunne anses statistisk signifikant.

Verken ”Østensjø-prosjektet” eller ”Foreldremekling” baserer seg på pålagte bostedsordninger. Motstanderne mot delt bosted mener vurderingstemaet blir et annet når saken står for retten. Da er klimaet mellom partene et annet, og man kan ikke slutte fra de to prosjektene at man også i en situasjon med pålagt avgjørelse ville høste like gode resultater med delt bosted.

Professor Thuen hevder at forskningen på dette området ikke gir noen entydige svar, hvilket forskning sjelden gjør;

”Men på bakgrunn av den kunnskap vi nå har, er det lite som tyder på at delt omsorg er forbundet med økt risiko for at barna skal utvikle problemer. Tvert imot, disse barna ser ut til å klare seg bedre enn barn som bare bor med mor eller far. Forskningen gir følgelig ikke grunnlag for en generell skepsis mot delt omsorg. I hvert fall ikke så lenge det er en frivillig ordning som begge parter går inn for.”<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Ekeland/Myklebust s. 98

<sup>108</sup> Thuen 2004 s. 64

Uttalelsen støttes av resultatene fra Nova-prosjektet, se avsnitt 5.2.

### 3.3.4 Forskning på pålagt delt bosted

I vedlegg 5 til NOU 1998-17 presenteres forskning på delt bosted utenfor Norden, særlig fra USA. Under avsnittet "Ekspertisen summerer" viser utredningen til en større gruppe amerikanske eksperter (psykologi, sosiologi, sosial omsorg og jus) som i desember 1994 deltok i en konferanse for å oppsummere den eksisterende kunnskap vedrørende barn og foreldrenes skilsmisse.<sup>109</sup>

Gruppen er usikker på hvordan ordninger pålagt ved dom vil fungere for barn og den er skeptisk til i hvilken grad erfaringer fra frivillige ordninger kan overføres til ordninger som blir pålagt av domstolen.

Vedlegget konkluderer med at forskningen fra USA ikke kan gi noe entydig svar på hva slags bostedsform som er best for barn. Både delt bosted og ett fast bosted synes å kunne fungere bra for mange familier. Vedlegget avsluttes med;

"Det synes ikke tilrådelig å anbefale pålegg om delt bosted til familier der konfliktene er store, og foreldrene ikke selv eller ved hjelp av mekler har kommet fram til en avtale om delt bosted."

Professor Trude Haugli kom til samme konklusjon etter gjennomgåelse av utenlandsk forskning; "En betingelse som er dokumentert er imidlertid at partene må være enige om, og selv velge, felles foreldreansvar og delt omsorg for at dette skal kunne fungere positivt".<sup>110</sup>

<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> NOU 1998:17 vedlegg 5 etter Lamb et al. 1997

<sup>110</sup> Trude Haugli, 1994 "Delt omsorg for felles barn ved samlivsbrudd" 1994

## 4 Nordisk og amerikansk rett

### 4.1 Dansk rett

#### 4.1.1 Gjeldende dansk lov

Den danske loven graderer ikke beslutningsmyndigheten i foreldreansvaret som i bl § 37.

<sup>111</sup>

Det gjør den danske loven mer smidig. Partene kan praktisere en vanlig omsorgsordning for barnet, og beslutningsmyndigheten forblir lik mellom foreldrene. Felles foreldreansvar i Danmark medfører derved større rettslige begrensninger på handlingsfriheten for den barnet bor hos, enn et felles foreldreansvar gjør i vårt land når en fast bostedsordning praktiseres. En konsekvens av dette er at foreldreansvaret i Danmark oftere bare legges til den ene.

Ved skilsmisse fortsetter en tidligere avtalt og registrert felles foreldremyndighet å gjelde, med mindre noe annet avtales eller besluttes. Den må imidlertid bekreftes hos myndighetene (stadsamtet) for å være gyldig, jfr.f.s. § 7. Når samboende flytter fra hverandre kan hver av dem kreve at den felles foreldremyndighet skal opphøre. Ved uenighet avgjør retten hvem av foreldrene som skal ha foreldremyndigheten etter § 9 under særlig hensyn til hva som er best for barnet.

---

<sup>111</sup> Lov nr. 387 af 14. juni 1995 om forældremyndighed og samvær, senere endringer 1997 og 2001

#### 4.1.2 Det danske lovforslaget

”Dansk lov om ”Myndighet og samvær” har gjennomgått stadige endringer.”<sup>112</sup> Den 31. januar 2007 ble enda et nytt lovforslag fremmet i Folketinget. Bakgrunnen var en politisk avtale i desember 2006, mellom regjeringspartiene, Socialdemokratene, Dansk Folkeparti, Det radikale Venstre, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten. Forslaget er derved sikret flertall ved behandlingen i Folketinget og forventes å tre i kraft 1. oktober 2007.<sup>113</sup>

Lovforslaget understreker at begge foreldre har, og skal påta seg, ansvar for felles barn, slik at barn etter et samlivsbrudd fortsatt kan ha tett og jevnlig kontakt med begge sine foreldre. Felles foreldreansvar er forslagens klare utgangspunkt *uansett* foreldrenes boform og formelle relasjoner.

Domstolen får, ifølge forslaget, kompetanse til å beslutte felles foreldremyndighet, selv om påstanden fra den ene part er å få den alene. Den kan likeledes idømme felles foreldremyndighet også når denne tidligere lå kun hos én av foreldrene. Det felles foreldreansvar kan kun oppheves hvis tungtveiende grunner av hensyn til barnet taler for det.

Noe nytt er at retten også ved felles foreldremyndighet kan beslutte hvor barnet skal bo. Etter gjeldende lov var denne beslutningen overlatt foreldrene når myndigheten var felles. Retten må beslutte at barnet skal bo hos én av foreldrene. Den kan ikke beslutte at barnet skal bo hos begge.

Det danske lovforslaget beveger seg her tett opp mot gjeldende norsk rett.

Bostedsforelder får imidlertid ingen lovbestemte beføyelser som i Norge. Hvis bostedsforelder vil flytte med barnet foreslås en 6 ukers varslingsplikt *uansett foreldreansvarsordning*.

---

<sup>112</sup> Svend Danielsen, 2003, ”Nordisk Børneret II” s. 45

<sup>113</sup> Familiestyrelsen – Internet (FAQ – de typiske spørsmål)

Hensikten er at den annen forelder kan få prøvet for det offentlige, hvorvidt den fremtidige bopel, foreldremyndigheten over barnet, eller hensiktsmessigheten av en eksisterende omsorgsordning, er til barnets beste.

Verd å merke seg er forslagets § 17, første ledd, 2.pkt ved felles foreldreansvar;

”Retten kan træffe afgørelse om, at barnet kan have bopæl hos en forælder, der har eller ønsker at få bopæl i *udlandet* (Anm.: min kursivering) eller i Grønland eller på Færøerne.”

Riktignok gjelder varslingsplikten på 6 uker, jfr. §17 annet ledd. I Norge kan imidlertid ikke domstolen bestemme at den ene kan flytte til utlandet med barnet ved felles foreldreansvar, jfr. bl. § 40, første ledd, 2. pkt.

Retten skal kunne fastsette samværsordninger med vekselvis opptil 7 dager hos hver. Samværsboikott (dansk ”samværschikane”) skal imøtegås ved en oppstramming av praksis for fastsettelse av erstatningssamvær, samtidig som en effektivisering av tvangsfullbyrdelsen gjennomføres hos namsmannen (”fogedretten”).

Domstolen skal ifølge forslaget måtte begrunne avgjørelsene bedre, slik at det i domsteksten tydelig fremgår hva som er forutsetningene for avgjørelsen. Dette overensstemmer med Sandbergs syn (jfr. avsnitt 3.2.2).

Det foreslås at eksisterende statistikker utbygges slik at det fremskaffes løpende opplysninger om barns familieforhold generelt, og delte familier spesielt, for bedre å kunne få belyst økonomien i ulike familiekonstellasjoner.



## 4.2 Svensk rett

I Sverige favner begrepet ”gemensam vårdnad” videre enn vårt ”felles foreldreansvar”.

I teorien uttales at ”Frivillig, gemensam vårdnad är numera den helt dominerande tolkningen av barnets bästa i Sverige”, og fortsetter; ”Gjennom lagstiftningen 1991 åläggs den föräldern, som inte vill ha gemensam vårdnad i praktiken, bevisbördan för at visa att gemensam vårdnad inte er förenligt med barnets bästa.”<sup>114</sup>

Av Föräldrabalkens (FB) 6. kapittel om ”Vårdnad, boende och umgänge” fremgår imidlertid av § 5 i.f. at retten ikke har kompetanse til å fastsette ”gemensam vårdnad” hvis *begge* foreldre motsetter seg det.<sup>115</sup> Antitetisk tolket kan retten pålegge ”gemensam vårdnad” mot *én* av foreldrenes ønske. Rettens kompetanse er her lik norsk rett.

Vedrørende bosted ved felles foreldreansvar, reguleres dette i § 14 a ; ”*Står barnet under vårdnad av båda förälderna, får rätten på talan av en av dem eller båda besluta vem av förälderna barnet skal bo tilsammans med.*” Retten kan ikke dømme at barnet skal bo hos begge, jfr. ”vem av”. Også her harmonerer svensk rett med norsk rett og dansk lovforslag.

§ 13 regulerer forholdene når barnet har ”vårdnad av två vårdnadshavare, og den faktiske omsorgen er ulik den juridiske; ” *”Är en av vårdnadshavarna till följd av frånvaro, sjukdom, eller annan orsak förhindrad att ta del i sådana beslut rörande vårdnaden som inte utan olägenhet kan uppskjutas, bestämmer den andre ensam. Denne får dock inte ensam fatta beslut av ingripande betydelse för barnets framtid, om inte barnets bästa uppenbarligen kräver det.”*

---

<sup>114</sup> Schiratzki s. 129

<sup>115</sup> FB af 1949, senere endret, kapitel 6, 13 § i.f.

Juridisk teori bekrefter at bostedsforelder heller ikke i Sverige tillegges beføyelser som i bl § 37;

”Så länge den legala vårdnaden är gemensam, görs i svensk lag ingen åtskillnad mellan vårdshavarnas rättigheter og skyldigheter enligt 6 kap FB för det fallet at vårdnaden innte er gemensam”<sup>116</sup>

Det betyr at man i Sverige meget vel kan ha en skjev omsorgsbrøk, for eksempel 30/70, uten at brøken innvirker på den juridiske relasjonen mellom foreldre og barn. Beslutningsmyndigheten forblir lik mellom foreldrene ved ”gemensam vårdnad” etter samlivsbruddet, hvis det var forholdet også før bruddet.

Ansaret for kontakten mellom barnet og samværsforelderen tillegges begge foreldre uansett vårdnadsordning, jfr. § 15. I § 15 a, tredje ledd, reguleres samværsavtalen med den barnet ikke bor sammen med; *”Står barnet under vårdnad av båda förälderna eller en av dem, får de avtala om barnets umgänge med en förälder som barnet inte bor tillsammans med. Avtalet skall gälla, om det är skriftlig och socialnämnden godkänner det.”*

Som i Danmark og Finland (se under) må avtalen registreres hos myndighetene for å gjelde, altså for å kunne tvangsfullbyrdes.

”De svenske reglene har været under næsten konstant endring siden 1973, herunder med tre udvalgsbetænkninger i 1980-erne og en midt i 90-erne.”<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> Johanna Schiratzki, 1997 ”Vårdnad och Vårdnadstvister” s. 199

<sup>117</sup> Svend Danielsen s. 45

### 4.3 Finsk rett

I Finland åpner loven med en formålsbestemmelse i lovens § 1 om at *”Syftet med vårnaden om barn är att trygga en balanserad utveckling og välfärd för barnet enligt dess individuella behov och önskemål. Vårnaden bör trygga positiva och nära människokontakter i synnerhet mellan barnet og förälderna.”*<sup>118</sup>

Samværsavtalen må forelegges sosialetaten i kommunen, som vurderer den ut fra om den er til barnets beste, jfr. § 8. I Norge kreves ingen vurdering av samværsavtalen av det offentlige, men må, for å ha tvangskraft, oppfylle betingelsene etter bl § 65 annet ledd.

§ 9 regulerer domstolens kompetanse i barnefordelingssaker, og bestemmelsen gir domstolen et videre kompetanseområde enn i de øvrige nordiske land, dog med hensyntagen til barnets beste, i det den kan bestemme:

*”1 att vårnaden om barnet anförts båda förälderna gemensamt;*

*2 att barnet skall bo hos den ena av sine föräldrar, om föräldrarna inte bor tillsammans;*

*3 att vårnaden om barnet anförts den ena föräldern ensam;*

*4 att vårnaden om barnet vid sidan av eller i stället för förälderna anförts en eller flera*

*personer som gett sitt samtycke til detta;*

*5 att barnet har rätt att hålla kontakt med och träffa den förälder hos vilken barnet inte bor.*

Og lenger ned i bestemmelsen;

---

<sup>118</sup> ”Vårdnad om barn og Umgängesrätt” (VUL) (1985/361 år 1983)

*”Domstolen kan vid behov ge forskrifter om vårdnadshavarens oppgifter, rettigheter og skyldigheter samt, om barnet har två eller flera vårdnadshavare, besluta om oppgiftsfördelningen mellan vårdnadshavarna. Då domstolen fattar beslut om umgängesretten skall den ge närmare föreskrifter om de villkor som skall gälla för umgängesretten och rätten att hålla barnet hos sig.”*

Vi ser at finsk rett gir domstolen kompetanse både til å fastlegge foreldreansvaret mot begges ønske, og gå inn i samværsavtalen i detalj. Den kan spille på hele registret i sine avgjørelser. Man sitter med inntrykk av at den finske lov, i større grad enn de øvrige nordiske, har tatt konsekvensen av barnefordelingssakenes kasuistiske karakter. Dog har finske domstoler *ikke kompetanse* til å pålegge ”växelboende” (delt bosted) mot den enes vilje, jfr. 9, annet pkt. foran.

Den finske loven inntar på mange måter en særstilling i nordisk sammenheng da den har gjennomgått vesentlig færre endringer enn de øvrige. Om finsk lov sier teorien;

”Loven har vist sig meget smidig og åben og har kunnet anvendes under de ændrede forhold de siste tiår. Det er måske grunden til, at der stort set ikke i Finland synes at have været politiske krav om ændringer.” <sup>119</sup>

#### 4.4 Amerikansk rett (USA)

I California var man allerede i 1979 ute med en bestemmelse om felles foreldreansvar som den primære løsning i barnefordelingssaker, som ifølge Californian Civil Code § 4600 lød;

”Custody should be awarded in the following order of preference: a) To both parents in joint physical and legal custody, b) to either parent if a preponderance of evidence

---

<sup>119</sup> Svend Danielsen 2004, s. 45

establishes that it is in the best interest of the child that custody should be awarded to one parent or if the parents agree that one parent shall assume custody.”

Felles foreldreansvar ble noe *nedtonet som primærløsningen* ved endringen av 1984. Nå het det

”....Custody should be awarded ....1) to both parents jointly pursuant to 4.600.5 *or* to either parent.” Her likestilles en løsning der én av foreldrene får ansvaret med det felles foreldreansvaret. Etter nok en endring presumerte loven av 1.1.1994 at ”joint custody” var det beste for barnet når foreldrene *frivillig* avtalte dette.

Ifølge § 3003 inkluderer ”joint custody” både “joint *legal* custody” og “joint *physical* custody”. I USA stykker man ikke opp innholdet i “joint legal custody” som i vårt land. ”Joint legal custody” kan sammenlignes med ”felles foreldremyndighet”/”gemensam vårdnad” i de nordiske land *untatt* Norge.

”Joint physical custody” ”means that each of the parents shall have significant periods of physical custody.....as to assure a child *frequent and continuing contact* with both parents.”

Haugli (1994) hevder “joint physical custody” tilsvarer vårt ”delt bosted”. Det er korrekt hva gjelder beslutningsmyndighetsaspektet, men er bare delvis korrekt med hensyn til tidsaspektet.

”Joint physical custody” favner skjevere omsorgstidsbrøker enn hos når delt bosted praktiseres, jfr. ”*frequent and continuing contact*”.

#### 4.5 Oppsummering utenlandsk rett

I de øvrige nordiske land og i USA har man, ved felles foreldreansvar, fulgt det prinsipp at jo viktigere beslutninger som skal tas om barnets fremtid, desto høyere ligger kravet til at en av foreldrene kan fatte beslutning på egen hånd.

”Samvær” er en særnorsk konstruksjon som skiller mellom foreldreansvar og bostedsmyndighet.

”Noget særegent for norsk ret er, at det i andre bestemmelser præciseres, hvilket indhold pligterne har for den, barnet bor fast hos, jf. bl § 37 og hvilke beslutninger der kan træffes under samvær, jfr. § 42, annet ledd.”<sup>120</sup>

Ved avtale om endring av foreldreansvar, eller endring av samværsavtale, er det i det øvrige Norden et skriftlighetskrav. Avtalene må også godkjennes av myndighetene for å være gyldige, og dermed ha rettskraft.

I Norge er kravet kun at endring av foreldreansvar skal meldes til folkeregistret, jfr. § 35, tredje ledd. Det er ikke skriftlighetskrav til samværsavtalen, med mindre en eller begge foreldre ønsker at den skal ha rettskraft, jfr. bl § 65, andre ledd. Ulikt de andre nordiske land, foretar ikke norske myndigheter en vurdering av selve avtalen med mindre de mottar bekymringsmelding. Derimot foreligger et skriftlighetskrav ved avtale om delt bosted når foreldrene krever utbetaling av halvparten av barnetrygden, inklusive trygden for ett ekstra barn, jfr. btrl § 2, tredje ledd, jfr. bl § 36 første ledd.

---

<sup>120</sup> Svend Danielsen s. 55

## 5 Debatten

### 5.1 Noen hovedregel i det hele tatt?

Med ”hovedregel” forstår jeg en regel der loven normerer en konkret løsning, selv om regelen måtte åpne for unntak fra denne. § 36 første ledd, første punktum oppfyller, etter min mening, kriteriet på hovedregel.

Enkelte hevder at en regel med avtalefrihet som primær løsning også oppfyller kriteriet. En regel som ”barnet bor fast hos begge der intet annet er avtalt” oppfyller, etter min mening, ikke kriteriet på en hovedregel. Her ligger avtalefriheten i bunnen, og regelen angir bare en subsidiær løsning når avtale ikke foreligger.

Mange mener at loven ikke bør ha noen hovedregel. Full avtalefrihet uten føringer mener mange vil være til barnets beste når vi opererer på et livsområde som favner så store individuelle forskjeller. I en artikkel støtter K. Koch i 2001 dette syn og uttaler;

”Sannsynligheten for bærekraftig enighet mellom foreldre etter et samlivsbrudd vil være større dersom det ikke gis normative føringer for hvilken løsning samfunnet mener er best. Det vil være et klart tilbakeskritt å gi slike føringer, framfor å gå inn for lovendringer som fremmer foreldrenes muligheter til å bli enige, og komme fram til midlertidige eller varige løsninger som passer for dem og deres barn.”<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Katrin Koch 2001,

Ifølge tittelen ”Lovpålagt delt bosted – et politisk tilbakeskritt”, kan det imidlertid virke som Koch mener gjeldende rett om fast bosted ikke er normerende, mens en regel om delt bosted ville vært det.

## 5.2 Delt bosted som hovedregel?

Motstandere av delt bosted har mange gode argumenter når det gjelder tidsaspektet ved ordningen.

”Barnet skal få slippe å måtte være en pakkepost mellom to hjem!” ”Barnet skal som de voksne få lov til å ha ett sted der det føler seg hjemme!” ”Når voksne ikke orker å pendle mellom to hjem, hvorfor skal barna måtte gjøre det?” Det siste argumentet er høstet fra de erfaringer vi har fra foreldre som har praktisert en ordning hvor de veksler med å flytte inn og ut av hjemmet, for barnets skyld. Det er uvanlig å se praktisering av ordningen over lenger tid.

De fleste mener at konflikt/samarbeidsargumentet veier tungt mot delt bosted, og særlig tungt når barna er små. De mener det imidlertid også har relevans og vekt helt opp til 18-års alderen. Enkelte psykologer har benyttet argumentet som et av sine sterkeste kort i begrunnelsen for å gå imot delt bosted.<sup>122</sup>

Der barnefordelingssaken gjelder flere barn blir det fra tilhengere av delt bosted ofte hevdet at prinsippet om ikke å dele søsken vil lede til et følelsesmessig tap for den forelder som sitter igjen alene. I den grad rettspraksis følger opp rundskrivet Q 18-97, om omsorgsbrøker

---

<sup>122</sup> Tjersland 1992



inntil 50/50, vil likevel det følelsesmessige tap for samværsforelder bli tilsvarende mindre smertelig.

Med hensyn til myndighetsbestemmelsen ved fast bosted, jfr. § 37, mener de som ikke vil endre §§ 36 og 37 at bostedsforelderens bør være suveren til å bestemme hvor barnet skal bo når foreldrene ikke har avtalt delt bosted. Ellers vil det bli for mye krangel. Etter den foreslåtte endring (se nedenfor) vil foreldre med felles foreldreansvar måtte komme til enighet om bostedsordningen for barnet.

Blant dem som ikke ønsker endring av §§ 36 og 37 hevdes det at delt bosted vil slå svært negativt ut for det store antallet som er alene om omsorgen. Det vil føre til et økt antall sosialklienter og forårsake store samfunnsøkonomiske skjevheter. Den allerede utsatte gruppen aleneforeldre vil få det enda trangere.<sup>123</sup>

De som ønsker ikke å forandre loven mener barnet må få slippe stadige forflyttinger mellom to hjem. Barnet må få lov å ha ett hjem der det føler seg hjemme. Argumentet blir imøtegått ved at barnet mentalt, uansett bostedsordning, vil alltid føle det har to hjem; ett hjem hos mor og ett hjem hos far. Kan barn virkelig være hjemme to steder? I en nylig utkommet bok, besvares spørsmålet;

”Dette var ett av spørsmålene jeg var nysgjerrig på i intervjuene. Svaret jeg fikk var et unisont ja. De hadde to hjem, og de aller fleste følte seg like mye hjemme begge steder.”<sup>124</sup>

Dessuten vil barnet, uansett hvilken ordning som praktiseres, utsettes for stadige flyttinger. De hevder at barn med annenhver helg og en ettermiddag i uken, altså vanlig samvær, faktisk forflytter seg dobbelt så ofte som barn som tilbringer én uke hos hver. Det er dessuten ulike måter å praktisere delt bosted på. Familien kan praktisere ukes-bolker, 14-

---

<sup>123</sup> Aleneforeldreforeningen, St.meld. nr. 19 (2006-2007)

<sup>124</sup> Skjørten, Barlindhaug, Lidén, 2006, ”Delt bosted for barn”, s. 226

dagers-bolker og måneds-bolker. Hvis barnet er under skolepliktig alder, - enda lengre perioder mellom hver flytting. Det vil da utsettes for langt færre flyttinger enn ved såkalt vanlig samvær, selv om de lengste bolkene nok medfører samvær underveis.

I den grad skoleprestasjoner kan benyttes til å vurdere bostedsordninger er NOVA's rapport fra 2005 interessant.<sup>125</sup> I undersøkelsen av skoleprestasjoner til barn med ulike bostedsordninger, viste resultatene at barn med delt bostedsløsning gjorde det nesten like godt som barn der foreldrene bodde sammen, og signifikant bedre enn barn som bodde alene med en forelder. Rapporten er dessverre mangelfull vedrørende informasjon om hvilke samværsordninger som ble praktisert der barnet bodde fast hos den ene forelder.

Søksmålsbyrden legges i dag på den forelder som ønsker mer omsorgstid med barnet og som typisk tilbringer *mindre* enn 50% av tiden sammen med det. Konflikten bunner i at partenes påstander til sammen utgjør mer enn 100% av tilgjengelig tid. Etter forslaget (se 5.1 foran), vil søksmålsbyrden legges på den part som vil ha *mer* enn 50% med barnet, altså på parten som ønsker en særstilling.

Tilhengere av endringen mener forslaget harmonerer bedre med norsk rettstradisjon, hvor det egalitære normalt er utgangspunktet, og det er den suverene rettighet som krever et særlig rettsgrunnlag. Det vil nå bli den part som krever en suveren posisjon som må overbevise retten om at dette er til barnets beste.

De hevder også at foreldre må samarbeide uansett bostedsordning. Jo mindre samvær, desto større blir behovet for å få opplysninger om barnet, og desto mer må bostedsforelder informere, jfr. § 47. Ved et høyt konfliktnivå kan oppfyllelsen av § 47 bli problematisk.

---

<sup>125</sup> Trude B. Nergård 2005 "Skoleprestasjoner til barn med særboende foreldre"

De viser også til forskning på såkalt foreldrefremmedgjøring, PAS, og at utstrakt kontakt med begge foreldre vanskeliggjør foreldrefremmedgjøring. Hjernevasking og programmering vil da ikke "lykkes".<sup>126</sup> (se avsnitt 3.2.3).

Tilhengere av delte bostedsløsninger imøtegår også påstanden om at ordningen vil skape økte økonomiske skjevheter i samfunnet og flere sosialklienter. Det er ikke barnelovens oppgave å løse økonomiske skjevheter i samfunnet. Til å løse disse har vi andre lover, hevder de. Utfordringen, er heller å finne fram til nøytrale og gode økonomiske ordninger, der bidragsmottaker verken tjener eller taper på omsorgen. Det vil også bidra til å senke konfliktnivået, jfr. uttalelsene fra familievernkontorene, (se avsnitt 3.1.2.3).

## 5.3 Domstolenes kompetanse

### 5.3.1 Innledning

Kompetansedebatten går på hvorvidt retten skal kunne pålegge delt bosted mot den ene eller mot begge foreldres vilje. I dag sperrer § 36, annet ledd for alternativet delt bosted. Foreldrene taper mulighet for denne løsningen når saken avgjøres i retten.

Forbudet har kun selvstendig rettslig betydning når delt bosted, etter rettens frie vurdering, hadde vært til barnets beste. Det var også mindretallets syn i barnefordelingsprosessutvalget, selv om det bare ønsket delt bosted som en snever unntaksregel, en form for sikkerhetsventil, i de sjeldne tilfeller hvor delt bosted likevel ble vurdert som den beste løsningen.

---

<sup>126</sup> Op.cit.

### 5.3.2 Betydning av lovens utgangspunkt.

Debatten om domstolens kompetanse vil avhenge av hvilke regler som gjelder i barneloven for øvrig.

Ved en endret § 36, første ledd, (se 5.1) blir avtalefriheten regelens utgangspunkt, mens forslaget angir delt bosted som en subsidiær løsning i mangel av avtale. Selv om foreldrene likevel ikke har klart å bli enige, når saken står for retten, er det et moment å stille domstolen fritt når dette også var utgangspunktet for foreldrene.

Ved den foreslåtte endring av § 36 første ledd, første punktum, foran, samtidig som domstolen blir gitt full frihet etter annet ledd, vil vi ikke i samme grad få en vinner og en taper.

Spørsmålet om kompetanse vil også fremstå annerledes hvis vi fjerner overføring av beslutningsmyndigheten etter dagens § 37. Da mister begrepet ”fast bosted” sitt juridiske innhold og vi står tilbake med spørsmålet om omsorgstid med barnet.

Kompetansespørsmålet begrenses da til spørsmålet om hvilke omsorgsbrøker retten skal kunne spille på når den fatter avgjørelse om omsorgstidsfordelingen mellom mor og far.

### 5.3.3 Debatten

Tilhengere av dagens regel hevder, og kanskje med rette, at dommeren ved en endret og vid kompetanse, vil falle for fristelsen å finne en ”rettferdig” og likestilt løsning for mor og far. En slik avgjørelse vil, hevder de, aldri være til barnets beste.

Konflikt/Samarbeidsargumentet er like relevant i forbindelse med spørsmålet om domstolens kompetanse som ved vurderingen av delt bosted; en delt løsning vil aldri

fungere så godt som andre løsninger når det pålegges av retten, hevder de. En beslutning om delt bosted vil derfor á priori aldri være barnets beste, jfr. flertallet i barneprosessutvalget.

Mange av dem som vil gi domstolen videre kompetanse mener konflikt/samarbeidsargumentet er overdrevet, både med hensyn til konflikt og med hensyn til samarbeid. De hevder konfliktnivået kan være *situasjonsbestemt* pga rettssaken, og minske over tid.<sup>127</sup> De hevder også at kravet til samarbeid blir mindre etter hvert som barna blir eldre. I tillegg hevder de at likestilte løsninger i seg selv er *konfliktdempende*, og at det derfor mer har formodningen for seg at likestilte løsninger er til barnets beste.

Et generelt forbud, som i dag, begrenser dessuten mulighetene for en bred helhetsvurdering av domstolen, blir det hevdet av tilhengere som ønsker økt domstolskompetanse

En endret og vid kompetanse etter § 36, annet ledd, kunne åpnet for en mer positiv omtale i retten av motpartens omsorgsevne. Når en part argumenterer for lik omsorgstid, 50/50, vil det nettopp være et poeng å overbevise retten om at begge foreldre er gode omsorgspersoner. I dag derimot, må partene argumentere for at han eller hun er en bedre omsorgsperson enn motparten. Loven fremtvinger derfor en nedsettende beskrivelse av motpartens omsorgsevne og en rosende vurdering av egen. Dette er ikke noe lovende utgangspunkt for det fremtidige samarbeidet mellom mor og far, og derved ikke til barnets beste.

Spørsmålet fremstår forskjellig der man allerede praktiserer delt bosted, og der en slik ordning representerer en ny måte å organisere familien på. Etter endret lov der domstolen får vid kompetanse, kan saksøktes tilsvarende være "frifinnelse" når saksøkte ønsker at en tilfredsstillende ordning med delt bosted skal fortsette. Der det i dag praktiseres delt bosted, og en av partene av egne personlige grunner, for eksempel ny partner, ønsker å få

---

<sup>127</sup> Ekeland/Myklebust 1997. s. 98

barnet fast hos seg, virker det urimelig at retten ikke kan la en hittil veletablert bostedsløsning fortsette. Gjeldende rett åpner imidlertid ikke for det.

Vi trenger mer forskning rundt pålagte løsninger. Å åpne for pålagt delt bosted, vil gi fagfolk og samfunnet erfaringer med pålagte delte bostedsløsninger. Dette i seg selv, vil noen hevde, er et moment for å gi domstolene videre kompetanse. Betingelsen er at avgjørelsen fattes med bl § 48 for øye, barnets beste.

#### 5.3.4 Alternative løsninger

Man kan tenke seg gradering av utvidelsen for domstolens kompetanse. Man kan åpne helt ved å la ”retten avgjøre bostedsordningen”. Alternativt kan regelen åpne for delt bosted som en snever unntaksregel. For eksempel når delt bosted allerede praktiseres når saken står for retten.

#### 5.4 Ulik beslutningsmyndighet tross felles foreldreansvar

Under forberedelse av barneloven ble det mye motstand mot forslaget om at skilte som hadde hatt felles foreldreansvar fortsatte med dette hvis ikke annet var avtalt eller fastsatt av retten. Som nevnt under avsnitt 2.3.3 fremstår ikke lenger det å ha foreldreansvar som noe hyppig konflikttema. ”Spørsmålet om hvor barnet/barna skal bo er som regel hovedspørsmålet når foreldre går fra hverandre..... Ved dagens samlivsbrudd er det kun i unntakstilfellene foreldreansvaret er tvistetema overhodet.”<sup>128</sup>

Det er *innholdet* i foreldreansvaret det i dag strides om. Foreldreansvaret blir først et tema når foreldre flytter hver for seg og den fysiske omsorgen ikke lenger samsvarer med den rettslige. Myndighetskompetansen blir ulik for den som har barnets faste bosted og den

---

<sup>128</sup> Gunn-Mari Kjølberg/Sigrid Redse-Johansen, 2006, ”Barnefordelingstvister” s. 60

som har samvær. Debatten dreier seg om hvorvidt det er riktig å gjøre forskjell i foreldrenes beslutningsmyndighet på grunn av bostedsordningen? Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK)<sup>129</sup> knesetter hovedregelen om likhet mellom ektefeller;

”Ektefeller skal i sitt innbyrdes forhold og i forhold til sine barn ha like rettigheter og likt ansvar av privatrettslig art med hensyn til ekteskap, under ekteskapet og i tilfelle av oppløsning av ekteskapet. Denne artikkel skal ikke hindre statene i å treffe tiltak som er nødvendige av hensyn til barnas interesse.”

Skal den ene av foreldrene ha noen særrett, for eksempel med hensyn til å kunne flytte med barnet vekk fra nærmiljøet, skal dette, ifølge EMK, måtte begrunnes med at flyttingen er i barnets interesse.

Noen hevder det er best for barnet at det er én som bestemmer hvor barnet skal bo. Barnet vil da slippe gjentatte rivninger og konflikter mellom foreldrene om dette. Ved en endring av regelen vil også den andre forelder som en ren trakassering kunne nedlegge veto mot flytting. Lovgiver har ment det vil være for mye å kreve av foreldrene at de må bli enige. Dessuten vil en endring av regelen kunne resultere i øket belastning på rettsapparat. Dette fordi saksøker lettere vil tro han kan vinne frem, hevder de.<sup>130</sup>

Tilhengere av gjeldende § 37, mener det også griper for meget inn i privatlivet, ref. EMK Art. 8, retten til privatliv, hvis ikke bostedsforelderen kan velge fritt om han vil flytte eller ikke. De stiller spørsmålet hvorfor det skulle bli innført rettslige skranker for å flytte for bostedsforelder og barnet, mens loven ikke har noen skranker mot flytteretten til samværsforelder.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> EMK Protokoll nr. 7 Art. 5 av 22. november 1984, ikrft. 1.nov. 1988

<sup>130</sup> NOU 1998: 17, kap. 12.3.8

<sup>131</sup> Trude Haugli 1998 ”Far, loven og livet.”

I samme gate ligger momentet at loven ikke har regler for sanksjonering ved manglende samvær når samværsforelder ikke stiller opp. Derimot har vi sanksjoner mot samværs sabotasje, jfr. § 65, annet ledd, når samvær er besluttet av retten. Skal den med barnets faste bosted ikke kunne ta seg ny jobb på nytt sted på grunn av at den annen nedlegger veto fordi barnet er med på flyttelasset. Er dette likestilling, spør de.

Vi så at Norge framstår som ”annerledeslandet” når det gjelder kompetansetildeling til bostedsforelder. Denne beføyelsen kan, særlig i et langstrakt land som vårt, med vår særegne topografi, få stor praktisk betydning for den delte familien. En tidligere velfungerende samværsavtale kan fort bli en illusjon hvis bostedsforelder flytter langt vekk med barnet.

Risikoen for at den ene flytter vekk er derfor et sterkt argument for dem som ønsker et fullverdig foreldreansvar uansett bostedsordning. De viser til at altfor mange barn mister kontakt med den andre forelder etter samlivsbrudd. ”I to undersøkelser fra henholdsvis midten av 1990-tallet og 2001 oppga 23% av fedrene at barna ikke hadde vært på samvær sist måned. I den siste av disse undersøkelsene gikk det dessuten frem at for 10% var det minst et halvt år siden sist.”<sup>132</sup> De hevder at flere barn i Norge mister kontakten med en av foreldrene på grunn av samlivsbrudd enn på grunn av dødsfall.

Ett av momentene som vektlegges i retten er nettopp mest mulig samlet foreldrekontakt. Psykologer og andre sakkyndige er i dag enige om at mest mulig og jevnlig kontakt med begge foreldre normalt er til barnets beste.

---

<sup>132</sup> Thuen 1995 etter A.M.Jensen & S.E.Clausen og A.Skevik og C. Hyggen



## 5.5 Øvrige sider av debatten

### 5.5.1 Likestilling og/eller barnets beste

Når § 48 sier at avgjørelsene ”først og fremst” skal rette seg etter det som er best for barnet, så åpner bestemmelsen for at også andre hensyn kan tenkes å bli tillagt vekt, bl.a. hensynet til likestilling mellom foreldrene, og derved likestilling mellom kjønnene.

At den ene forelder blir tillagt større bestemmelsesmyndighet gir signaler til barnet om at vedkommende betyr mer enn den andre. En lov er normdannende og signaliserer til borgeren hva samfunnet forventer. Er det riktig, ut fra et likestillingsperspektiv, å sende ut signal om at den ene forelder betyr mer enn den andre?

Barnetombudet har uttalt at

”Avgjørelsene som i dag er knyttet til bosted bør i større grad være en del av de felles utfordringer som foreldrene må løse innenfor rammen av det likeverdige foreldreskap.”<sup>133</sup>

Det er en kjensgjerning at ulik juridisk posisjon lettere nærer opp under konflikt enn når partene har samme rettslige utgangspunkt. Når dette kobles til konfliktnivået ved samlivsbrudd, som fagfolk mener er uheldig for barn, så har det formodningen for seg at en likestilt rettslig posisjon ligger tettere opp mot barnets beste enn en ulik posisjon.

---

<sup>133</sup> Barneombudet 16.11. 2000 Dagbladet

### 5.5.2 Semantikk

Enkelte debatt deltakere hevder noen av de sentrale begrepene er uheldige.

Legaldefinisjonen ”vanleg samværsrett” normerer etter manges mening en minimumsløsning. Regelen gir samværsforelder en lite tilfredsstillende samværsordning utenom helgene, og umuliggjør en god kontakt med barnet i hverdagen. Likevel er ”vanlig samvær” det vanligste samværsomfanget.<sup>134</sup>

Etter å ha praktisert felles omsorg før bruddet, betegner rettsapparatet samvær fra fredag ettermiddag til mandag morgen annenhver uke som utvidet samvær. Retten tilslører derved at ordningen reelt er en innskrenket ordning i forhold til den partene tidligere praktiserte. Mange mener det hadde vært riktigere å benytte målestokken ”felles omsorg”, og ikke ”vanlig samvær” som målestokk, ved betegnelsen på samværet.

Enkelte mener begrepet ”felles foreldreansvar” kaster blår i øynene på folk. En rimelig tolkning av ”felles” er en egenskap eller eierskap man har sammen med én eller flere, og med likt innhold. Tolkningsresultatet samsvarer ikke med innholdet i ”felles foreldreansvar” der en fast bostedsordning praktiseres.

Begrepet ”bo fast” er uheldig. Folk flest tolker det å bo fast som et sted man bor mer, gjerne betydelig mer, enn halve tiden. Å bo fast hos begge er en praktisk umulighet. Særlig uheldig er begrepet i § 52, om formålet med meklingen. Formålet er blant annet å komme frem til ”kvar barnet skal bu fast.” Både mekler og foreldre kan villedes til å tro regelen utelukker en 50/50 ordning, kfr. § 36, første ledd, annet punktum.

---

<sup>134</sup> Thuen 2004

Ved å fjerne kompetansetildelingen i § 37 mister "fast bosted" sitt nåværende rettslige innhold. "Delt bosted" vil da kunne erstattes med "felles omsorg" som umiddelbart gir varmere assosiasjoner enn "delt bosted". "Delt" oppfattes som noe som er skilt fra hverandre. Man deler et kakestykke, - man deler ikke et barn. I prosjektarbeidet "Får far lov" <sup>135</sup> ble det hevdet av meklere (6) og advokater (2) at folk assosierte begrepet "omsorg" med noe varmt og positivt mens "samvær" som noe kjøligere og fjernere. Dette henger igjen fra samfunnsdebatten i 60-årene da "samvær" ble kodifisert (1956), og datiden forbandt "omsorg" med mor og "samvær" med far.

Med mindre domstolen idømmer samvær til 50%, resulterer "ett fast bosted" i en skjevdelt løsning, mens delt bosted, ved omsorgsbrøken 50/50, gir en likedelt løsning. Fra et likestillingsperspektiv er det semantisk uheldig at "skjevdelt" og "likedelt" ikke kommer frem i debatten og tilsløres bak uttrykkene "fast bosted" og "delt bosted". Hva sier Strandbakken-utvalget?

Begrepet "alenemor", "alenefar", eller "aleneforelder", som alle benyttes i bostedsdebatten, er etter min mening semantisk uheldig. Hvor "alene" er mor eller far? Begrepene burde reserveres for dem som virkelig er alene om omsorgen, for eksempel der far er død. Mange aleneforeldre har en ordning der tidligere partner har utvidet samvær med barnet. Noen har sågar frivillig avtalt delt bosted mens barnet kun er folkeregistrert hos én av foreldrene etter reglene om folkeregistrering. <sup>136</sup> "Enslig bidragsmottaker" og "enslig bidragsbetaler" vil etter min mening være en bedre betegnelse på henholdsvis bostedsforelder og samværsforelder. SSB rubriserer dessuten samværsforelder som barnløs, hvilket er både støtende og misvisende.

---

<sup>135</sup> "Får far lov" Humanistisk Fellesprosjekt, UiO, 2006

<sup>136</sup> Forskrift om Folkeregistrering 1994 nr 161, kapittel I B § 2.

## 6 Konklusjon - lovendringsforslag

### 6.1 Innledning

Avslutningsvis vil jeg fremme konkrete lovendringsforslag vedrørende de fire problemstillingene presentert under avsnitt 1.1. Forslagene er oppgavens konklusjon. Jeg begrunner dem helt kort og viser for øvrig til argumentasjonen i kapittel 5.

Loven er fragmentarisk. Den ene bestemmelse griper inn i den annen. Det kunne av den grunn ha vært naturlig å behandle beslutningsmyndigheten i § 37 først, da denne bestemmelsen definerer det rettslige innhold i ”fast bosted” og derved motsatsen ”delt bosted”. Jeg har likevel valgt å følge rekkefølgen som presentert i 1.1. da spørsmålet om hovedregel, og i så fall hvilken, fremstår for meg som den viktigste problemstillingen.

Jeg er den første til å innrømme at temaet er komplisert, og at forslagene på ingen måte gjør krav på endelig å løse lovgivers utfordring ved barnefordeling etter samlivsbrudd.

## 6.2 Ingen hovedregel, men delt bosted sekundær løsning.

### 6.2.1 Etter endret § 37

#### 6.2.1.1 § 36 første ledd, første punktum – prinsipalt forslag

Mitt prinsipale forslag til endret § 36 første ledd, første punktum forutsetter endret § 37 som under. Jeg fjerner ”fast” fordi beføyelsene i § 37 er fjernet. Jeg vurderer det riktigere å snakke om fordeling av omsorgstid fremfor fast bosted og samvær.

*”Barnet bor like mye hos begge foreldre der ikke annet er avtalt.”*

#### 6.2.1.2 § 36 første ledd, annet punktum – prinsipalt forslag

Mitt prinsipale forslag til endret § 36 første ledd, annet punktum, forutsetter endret § 37 som under. Regelen er strengt tatt ikke nødvendig etter avtalefriheten i første punktum. Jeg velger likevel å ta med regelen for at loven skal tydeliggjøre overfor borgeren at han har også dette alternativet;

*”Dersom foreldrene er enige om det kan de skriftlig avtale at barnet skal bo mesteparten av tiden hos én av dem*

Her er alle omsorgsbrøker mulige. Selv om ”fast” kunne vært med i ordlyden, (...at barnet skal bo fast hos én av dem) har ordet en juridisk forhistorie som gjør det mindre egnet.

## 6.2.2 Etter uendret § 37

### 6.2.2.1 § 36 første ledd, første punktum – subsidiært forslag

Mitt subsidiære forslag til endret § 36 første ledd, første punktum foreslås ved uendret § 37.

”Fast” har samme betydning som i gjeldende rett.

”Barnet bor fast hos begge foreldre der ikke annet er avtalt.”

Avtalefriheten ligger i bunnen og understrekes allerede i første punktum. I mangel av avtale prefererer jeg en likedelt bostedsløsning riktigere som sekundær løsning en en skjevdelt.

### 6.2.2.2 § 36 første ledd, annet punktum - subsidiært forslag

Mitt subsidiære forslag til endret § 36 første ledd, annet punktum forutsetter uendret § 37.

”Fast” har samme betydning som i gjeldende rett. Som under 6.2.1.2 er heller ikke denne bestemmelsen nødvendig, men jeg tar den med for at loven skal være tydeligst mulig for borgeren.

”Dersom de er enige om det kan de skriftlig avtale at barnet skal bo fast hos en av dem”.

### 6.3 Ingen avklipping av domstolens kompetanse i endret § 36 annet ledd

*”Er foreldrene uenige, må retten avgjøre bostedsordningen for barnet.”*

Jeg foreslår at rettens kompetanse ikke avklippes som i gjeldende rett. Når det i forarbeider og i rettspraksis understrekes at avgjørelsen skal foretas ut fra en konkret helhetsvurdering, inviterer ikke dette til kategoriske forbud. ”Helhetsvurderingen” blir da vanskelig helhetlig.

Barnefordelingssaker er kasuistiske. Det er bostedsordningen for nettopp dette barnet, i denne konkrete saken, som det skal fattes en beslutning for. Sammen med forslaget om å endre § 37

under, vil rettens avgjørelse dreie seg om omsorgstidsfordelingen mellom foreldrene.

Endring av beslutningsmyndighet vil begrense seg til saker om endring av foreldreansvaret.

Forslaget ligger tett opp mot finsk lov. Der har domstolen kompetanse til å detaljregulere omsorgsordningen (se avsnitt 3.5.3). Den finske loven har vist bedre overlevelsesevne enn andre nordiske lover på området. Norsk lov vil med endringsforslaget også harmonere bedre med øvrig nordisk lovgivning.

#### 6.4 Lik beslutningsmyndighet tross ulik omsorgsbrøk ved forslag til endret § 37.

Forslag til endret § 37;

§ 37 ”Avgjørelser som kan tas av den barnet er sammen med”

”Ved felles foreldreansvar kan den av foreldrene som til enhver tid har barnet hos seg, ta dagligdagse avgjørelser på vegne av barnet. Større avgjørelser treffes av foreldrene i fellesskap.

Er foreldrene uenig kan retten treffe avgjørelse.”

Forslaget likestiller foreldrene juridisk og vil, etter min oppfatning, bidra til at konfliktnivået dempes. Begge foreldre beholder lik juridisk posisjon til barnet, selv om omsorgsbrøken skulle avvike fra 50/50. Forslaget harmonerer med øvrig nordisk lovgivning. Det er positivt i en tid det finner sted mange samlivsbrudd mellom nordmenn og utlendinger.

Det danske lovforslaget, om varslingsplikt ved flytting for den som barnet bor hos mesteparten av tiden, har mye for seg og bør etter min mening vurderes av lovgiver.<sup>137</sup> Når loven trer i kraft vil dansk rett ligge et sted imellom gjeldende norsk rett, med fri flytterett for bostedsforelder, og svensk rett med krav til enighet mellom foreldrene om viktige spørsmål vedrørende barnets framtid.

---

<sup>137</sup> Familiestyrelsen FAQ ”Loven forventes at træde i kraft . oktober 2007” , Internett



## 7 Litteraturliste

Barneombudet; 2004 "Når mor og far skilles"

Brækhus, Hege (2005) "*Likestilling og den rettslige reguleringen av foreldreskapet*",  
Tidsskrift for kjønnsforskning Nr 2, s. 90-105 (fra internett)

Bone, J. Michael and Michael R. Walsh (1999) "*Parental Alienation Syndrome, How to detect it and what to do about it.*" The Florida Bar Journal, Vol. 73, no. 3 p. 44-48

Clawar, Stanley S and Brynne V. Rivling, (1990) "Children held hostage", Chicago,  
American Bar Association, Section of Family Law.

Dalseide, Nils (2004) "*Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003 – noen utvalgte problemstillinger*"

Dalseide, Nils (2002) "*Barnefordelingssaker i retten – noen synspunkter på hvordan avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste*" Oslo, Gyldendal Akademisk, 2002,  
Festskrift til Peter Lødrup

Danielsen, Svend (1997) "Lov om forældremyndighed og samvær"; Kommentarer,

Danielsen, Svend (2003) "Nordisk børnerett II", København, Nord Forlag,  
Jurist og økonomiforbundets forlag

Foreningen 2 Foreldre (F2F), "*Hvordan ta vare på familien etter samlivsbrudd*",  
Veiledningshefte nr 1, 3. utgave, Oslo, desember 2004

F2F - Synnovate MMI, "*Sorg uten blomster*", Rapport fra spørreundersøkelse, 2006

Fleischer, Carl August ”*Flytting av foreldreansvaret fra mor til ”ukjent far” – uten grunnlag i loven, Rt-1991-1148*”, (1993) Lov og Rett s.249

Galtung, Terje (1998) ”Barnet og foreldrenes rettsak/Delt bosted” NOU 1998:17, BFD

Gardner, Richard Am MD, Internett 24.09.02 ”Basic Facts About The Parental Alienation Syndrome.”

Haga, Finn Olav, m.fl. ”*Får far lov?*”, Humanistisk Prosjektsemester UiO, våren 2006

Haugli, Trude (1993) ”*Allmennprevensjon som argument for overføring av foreldreansvar?*”

Haugli, Trude (1994) ”*Delt omsorg for felles barn ved samlivsbrudd*”, UiT (internett)

Haugli, Trude (1998) ”*Far, loven og livet*”, Kritisk Juss 1998 s 291 (internett)

Haugli, Trude ”*Foreldreansvaret ved sabotasje av samværsretten*” LOR(1999) s. 299

Haugli, Trude ”*Barnets beste – forskningsmessige utfordringer*”, Kultur og Samfunn (2002) s. 22

Haugli, Trude (2002) ”*Det mangfoldige barnets beste*”, Oslo, Gyldendal Akademisk, Festskrift til Peter Lødrup

Haaland, Kirsti Ramfjord, (1998), ”Familien etter skilsmissen”, J.W.Cappelen Forlag AS

Jevne, Kari (1998): ”*Samværsfedre*” NTNU –Trondheim, Allforsk

Kjølberg, Gunn-Mari og Sigrid Redse Johansen (2006): ”*Barnfordelingstvister – Håndbok i*

*barnerettslige tvister*”: Oslo, Fagbokforlaget

- Koch, Katrin: *"Lovpålagt delt omsorg – et politisk tilbakeskritt"*, Norges Forskningsråd, Velferdsprogrammet – Samfunn, familie, oppvekst 2001
- Koch, Katrin og Espen Walstad (2005): *"Samvær mellom barn og foreldre som ikke bor sammen"*, Oslo: Gyldendal Akademisk
- Linneberg, Arild; (1997) *"Far og barn i moderlandet"*, Gyldendal Norsk Forlag
- Norsk Lovkommentar, Bind II, (2005) Gyldendal Norsk Forlag A/S
- Nergård, Trude B., *"Skolepresentasjoner til barn med særboende foreldre"*, Nova 2000/18
- Nævdal, Folkvard og Frode Thuen, (2004) *"Residence arrangements and well-being, a study of Norwegian adolescents"*; Scandinavian Journal of Psychology, 2004/45 s. 363-371
- SSB, 2001: Rapport; "Samboerstatistikk; "Å gjete kongens harer" (internett)
- Sandberg, Kirsten (1990): *"Barnets beste. Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet"*: Oslo: Ad notam forlag
- Schiratzki, Johanna (1997), *"Vårdnad og vårdnadstvister"*, Stockholm, Nordstedts Juridik
- Skjørten, Kristin (2005): *"Samlivsbrudd og barnefordeling"*, Oslo: Gyldendal Akademisk
- Skjørten, Barlindhaug, Lidén (2006) *"Delt bosted for barn"*, Oslo: Gyldendal Akademisk
- Skaar, Ronny B. (2003); *"Forsørgelse og omsorg – Farsrollen i norsk barnelovgivning"*, Bergen, Diskurs Forlag
- Smith, Lucy; *"Barnets best og barnets uttalerett"*, Tidsskrift for familierett, arverett og

Barnevernrettslige spørsmål (FAB) 2004 nr. 3-4, s. 223 (internett)  
Smith, Lucy og Peter Lødrup (2004): *"Barn og foreldre"*, Oslo: Gyldendal

Thuen, Frode, (2004) *"Livet som deltidsforeldre"*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke

Tidsskriftet 2 Foreldre, Nr. 3-4, desember 2000

Tidsskriftet 2 Foreldre, Nr. 3-4, desember 2006

Tjersland, Odd Arne, (1992) *"Samlivsbrudd og foreldreskap"*, Universitetsforlaget i Oslo  
Tjersland, Odd Arne, *"Psykologene i rettsvesenets tjeneste – dilemmaer, begrensninger og muligheter"*, Tidsskrift for norsk Psykologiforening 1995 s. 1024-1031

Østberg, Eivind (1996): *"Tvang til samarbeid er ikke dørers tale men tro på dets umulighet er"*, Kritisk juss Nr 1/96

## **8 Avgjørelser**

Rt. 1939 s. 423 Side 15

Rt. 1940 s. 155 Side 15

Rt. 1979 s. 833 Side 14

Rt. 1985 s. 179 Side 45

Rt. 1985 s. 707 Side 38

Rt. 1986 s. 313 Side 27

Rt. 1991 s. 1050 Side 28

Rt. 1991 s. 1148 Side 43

Rt. 1999 s. 1183 Side 41

Rt. 2005 s. 682 Side 40, 43

Bergen byrett 96-1273-01/A Side 28